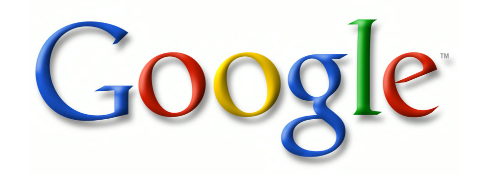
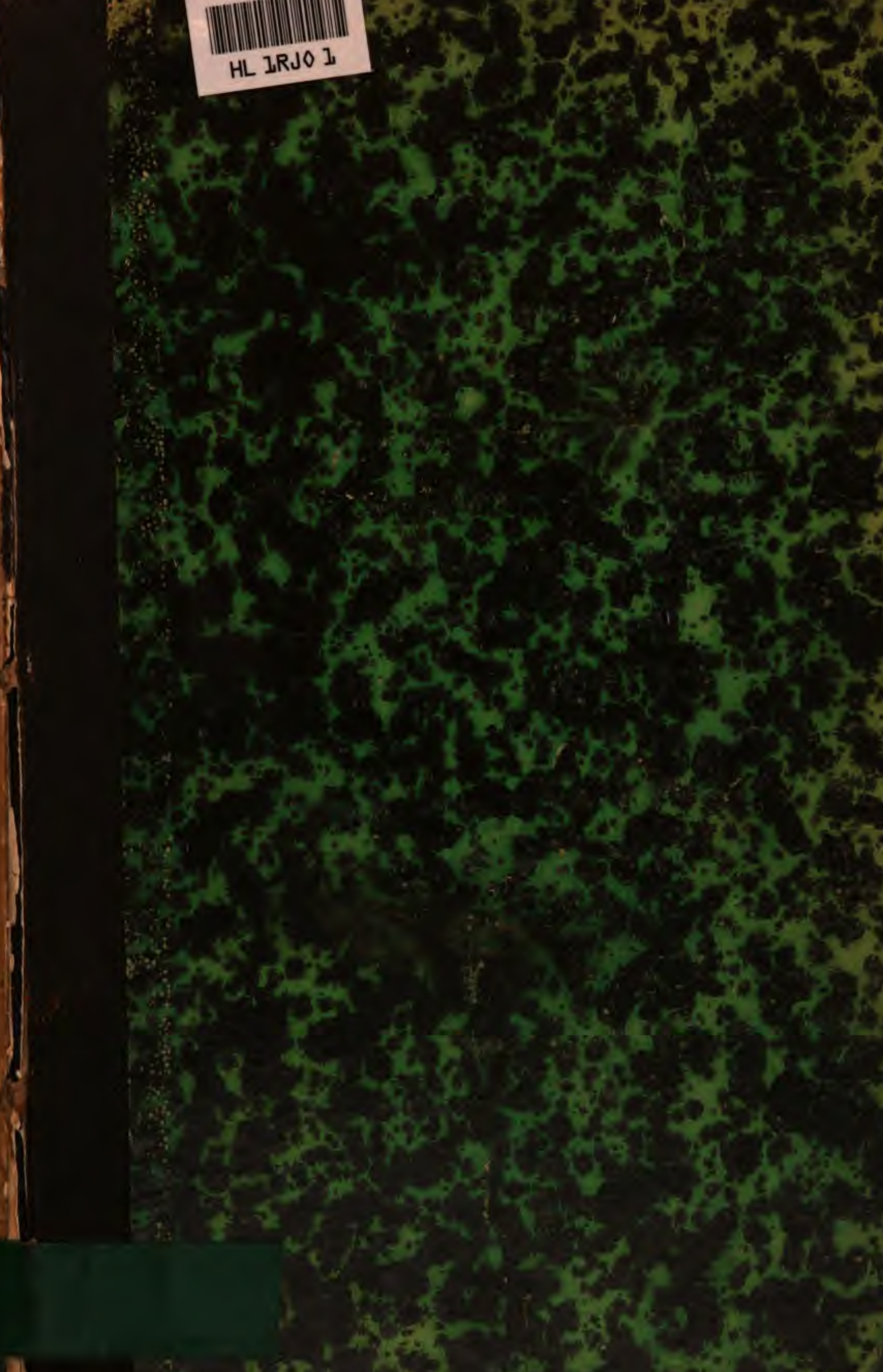



HL 1RJO 1


SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Князь С. А. ДРУЦКОЙ.

ПРИЧИНЫ НЕВМѢНЕНІЯ

ВЪ

ВОЕННО-УГОЛОВНОМЪ ПРАВѢ.

Употребленіе оружія войсками при народныхъ волненіяхъ и начальниками противъ подчиненныхъ. — Осуществленіе дисциплинарной власти. — Осуществленіе субъективнаго права. — Приказъ начальника. — Необходимая оборона. — Крайняя необходимость и принужденіе. — Ошибка и случай.



ПЕЧАТАНО ПРИ СОДѢЙСТВІИ
АЛЕКСАНДРОВСКОЙ ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ.



ВАРШАВА.
Типографія Окружнаго Штаба.
1902.



Дозволено цензурою. Варшава, 1 Іюня 1902 года.

СОДЕРЖАНІЕ.

стр.

стр.

ТЕЗИСЫ.

1) Въ основаніе изслѣдованій по военно-уголовному праву должны быть положены точныя опредѣленія понятій: войска, воинской дисциплины, военнаго права и воинскаго преступленія.

2) Войско есть единеніе вооруженныхъ людей, опредѣлямое въ своей организаціи юридическимъ закономъ и управляемое въ своей дѣятельности волею верховнаго вождя.

3) Воинская дисциплина есть воинское воспитаніе, развивающее въ военнослужащемъ способность сознательно и во имя долга подчинять свою волю—волѣ верховнаго вождя.

4) Совокупность нормъ, опредѣляющихъ условія, задачи и средства воинскаго воспитанія, образуетъ собою дисциплинарное право войска.

5) Военное право, въ тѣсномъ смыслѣ, есть совокупность нормъ, опредѣляющихъ организацію арміи; въ обширномъ смыслѣ—совокупность нормъ организаціонныхъ и дисциплинарныхъ.

6) Воинское преступленіе есть дѣяніе военнослужащаго, явившееся результатомъ сознательной самодѣятельности, изъ числа мотивовъ которой сознательно исключена или изъ числа мотивовъ которой сознательно упущена воля верховнаго вождя, выраженная въ его повелѣніяхъ.

---

7) Причины невмѣненія въ вину содѣяннаго, какъ въ общемъ, такъ и въ военно-уголовномъ правѣ, могутъ быть раздѣлены, по условіямъ ихъ возникновенія, на двѣ группы:

а) причинъ собственно юридическихъ (основаніе ихъ—нормы объективнаго права) и б) причинъ фактическихъ (основаніе ихъ—фактическое положеніе или состояніе субъекта). Первую группу составляютъ: исполненіе закона и установленной имъ обязанности, осуществленіе права и повиновеніе обязательному приказу; вторую группу: — необходимая оборона, крайняя необходимость, принужденіе, ошибка и случай.

8) Приказъ можетъ быть причиной невмѣненія въ вину только тогда, когда обязательность его не обусловлена законностью его содержанія.

9) Необходимая оборона, ограниченная предѣлами защиты, не соединенной съ посягательствомъ на личность нападающаго, не входитъ въ область уголовнаго права и не подлежитъ опредѣленію въ законѣ.

---

10) Условія военнаго быта и задачи воинской дисциплины не измѣняютъ значенія признанныхъ въ общемъ уголовномъ правѣ юридическихъ (тез. 7) причинъ невмѣненія, а вліяютъ только на ихъ содержаніе. Причины же невмѣненія фактическаго характера, въ отношеніи преступленій воинскихъ, или подвергаются существеннымъ ограниченіямъ, или совершенно утрачиваютъ свое значеніе.

---

11) Невмѣненіе въ вину дѣяній, совершаемыхъ во исполненіе установленной закономъ обязанности, находится въ зависимости отъ условій субъективныхъ и объективныхъ. Условіе субъективное—служебное положеніе лица, какъ начальника, часового или чина воинской команды, въ моментъ посягательства. Условія объективныя: общія—а) правомѣрность цѣли посягательства, б) преступность дѣйствій лица, противъ котораго направлено посягательство; условія частныя: а) отношенія подчиненности между субектомъ посягательства и тѣмъ лицомъ, противъ котораго это посягательство направлено; б) соблюденіе установленныхъ закономъ формальностей.

12) При существованіи отношеній подчиненности, дѣянія, обязательныя для начальника, а слѣдовательно, не подлежащія вмѣненію ему въ вину, могутъ выразиться: а) въ

непосредственномъ, насильственномъ принужденіи подчиненнаго къ повиновенію и б) въ примѣненіи къ подчиненному карательныхъ мѣръ, опредѣленныхъ по содержанію въ законѣ.

13) Насильственное принужденіе неповинующагося подчиненнаго, съ причиненіемъ ему тѣлеснаго вреда, не подлежитъ вмѣненію въ вину начальнику только въ тѣхъ случаяхъ, когда неповиновеніе выразилось въ формѣ активнаго противодѣйствія волѣ начальника.

14) Обязанность принужденія и примѣненія карательныхъ мѣръ возложена въ войскѣ на начальниковъ въ техническомъ смыслѣ, т. е. на военнослужащихъ, которые съ соблюденіемъ установленныхъ въ законѣ формальностей назначены для обученія воинской части или командованія ею.

15) Обязанность принужденія къ повиновенію возлагается, по исключенію, на старшихъ въ отношеніи младшихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда первые пріобрѣтаютъ по закону право приказывать.

16) Принципъ, установленный въ тезисѣ 13-мъ, принятъ въ военныхъ законодательствахъ Россіи, Германіи, Австріи, Франціи, Бельгіи, Италіи и Швейцаріи. Принципы, установленные въ тезисахъ 14 и 15, приняты въ военномъ законодательствѣ Россіи и Австріи.

17) Невмѣненіе въ вину обязательныхъ дѣяній, выражающихся въ посягательствахъ на лицъ, не подчиненныхъ лицу посягающему, обусловлено во всѣхъ военныхъ законодательствахъ: а) противозаконными поступками первыхъ и б) выполненіемъ указанныхъ въ законѣ формальностей—вторымъ.

---

18) Дѣяніе военнослужащаго, который, осуществляя свое субъективное право, причиняетъ вредъ другому лицу, не подлежитъ вмѣненію первому въ вину: а) если осуществленіе права не противорѣчитъ обязанности чинопочитанія, б) если это осуществленіе права не выражаетъ собою отрицанія принципа единенія и взаимной поддержки чиновъ войска и в) если причиненный вредъ есть лишь неизбѣжное слѣдствіе дѣйствій обязательныхъ.

---

19) Приказъ въ военномъ быту есть указаніе верховнымъ вождемъ или начальникомъ подчиненному—цѣли, времени и средствъ его дѣятельности.

20) Принципъ безусловной обязательности приказа не можетъ быть принятъ въ войскѣ.

21) Приказъ начальника обязателенъ для подчиненнаго только тогда, когда этотъ приказъ формально и матеріально законенъ. Условія формальной законности приказа: а) существованіе въ моментъ полученія приказа отношеній подчиненности между лицомъ отдающимъ и получающимъ приказъ; б) незапрещенность закономъ приказаннаго дѣянія въ моментъ его совершенія; в) соблюденіе формальностей при отданіи приказа, если таковыя установлены закономъ. Условія матеріальныя: г) правомѣрность указанной подчиненному цѣли его дѣйствій, д) правомѣрность указанныхъ начальникомъ средствъ для достиженія этой цѣли.

22) Приказъ не утрачиваетъ обязательнаго значенія, если онъ противозаконенъ лишь субъективно, т. е. предписываетъ дѣяніе, запрещенное только начальнику или только подчиненному.

23) Приказъ начальника не служитъ причиной невмѣненія въ вину подчиненному дѣяній, совершенныхъ во исполненіе приказа, если эти дѣянія запрещены закономъ подъ страхомъ наказанія какъ начальнику, такъ и подчиненному.

24) Преступное дѣяніе, совершенное вслѣдствіе приказа начальника, вмѣняется подчиненному въ вину на основаніи общихъ установленныхъ въ законѣ правилъ о вмѣненіи и о соучастіи въ преступленіи.

25) При коллизіи приказаній двухъ начальниковъ—приказаніе высшаго начальника служитъ причиной невмѣненія подчиненному въ вину неисполненія приказа низшаго начальника.

26) Принципы, установленные въ тезисахъ 21 и 24, приняты въ дѣйствующемъ австрійскомъ военно-уголовномъ законодательствѣ. Военные кодексы другихъ государствъ признаютъ приказъ причиной невмѣненія въ вину содѣяннаго. Но установленныя въ военныхъ законодательствахъ русскомъ и германскомъ исключенія изъ общаго правила лишаютъ это послѣднее практическаго значенія.

---

27) Право необходимой обороны себя и третьихъ лицъ при противозаконномъ нападеніи начальника, старшаго, равнаго или подчиненнаго должно быть предоставлено въ войскѣ каждому воину.

28) Оборона подчиненнымъ начальника, который подвергся противозаконному нападенію, составляетъ обязанность подчиненнаго.

29) Ограниченія права необходимой обороны въ военномъ быту должны быть установлены только для случаевъ нападенія начальника на подчиненнаго.

30) Отношенія подчиненности между лицомъ обороняющимся и нападающимъ требуютъ ограниченія только средствъ обороны, по принципу—причиненія наименьшаго вреда нападающему при отраженіи его нападенія.

31) Ограниченіе средствъ обороны—защитою, въ мѣрѣ необходимой для личнаго самосохраненія, равносильно отрицанію права обороны.

32) Оборона противъ нападенія военнослужащаго, находящагося въ состояніи крайней необходимости, не можетъ быть допускаема въ военномъ быту.

33) Законъ военно-уголовный не долженъ содержать никакихъ изъятій изъ закона обще-уголовнаго по вопросу о правѣ обороны личной чести.

34) Русскій военно-уголовный законъ отрицаетъ совершенно право подчиненнаго обороняться при противозаконномъ нападеніи начальника. Военныя законодательства другихъ государствъ признаютъ это право въ полномъ его объемѣ, не устанавливая изъятій изъ закона обще-уголовнаго.

---

35) Нарушеніе обязанностей военной службы, учиненное для спасенія собственной жизни или жизни другого отъ опасности, которая произошла вслѣдствіе угрозы, принужденія или другой причины, подлежитъ вмѣненію въ вину.

36) Принципъ, установленный въ тезисѣ 35, принятъ въ военномъ законодательствѣ Россіи, Италіи, Германіи и Австріи.

---

37) Если въ сознаніи военнослужащаго, совершившаго, при исполненіи служебныхъ обязанностей, дѣяніе объективно преступное, отсутствовали представленія объ объектѣ посягательства, или о юридическомъ значеніи этого объекта, или о вредности средствъ, избранныхъ для достиженія правомѣрной цѣли, то содѣянное не подлежитъ вмѣненію въ вину.

38) Если отсутствіе представленій, о которыхъ упомянуто въ предыдущемъ тезисѣ, зависѣло отъ недостаточнаго вниманія военнослужащаго къ явленіямъ внѣшняго міра или къ собственнымъ дѣйствіямъ, то военно-служащій подлежитъ спеціальной отвѣтственности за это невниманіе.

ИСТОЧНИКИ И ПОСОБІЯ.

1) *Уставъ* ратныхъ, пушечныхъ и другихъ дѣлъ, касающихся до военной науки, Царей и Великихъ Князей Василія Іоановича Шуйскаго и Михаила Ѳеодоровича всея Россіи Самодержцевъ, въ 1607 и 1621 годѣхъ; СПБ. изд. 1777—1781 г.

2) *Воинскій* уставъ, составленный и посвященный Петру Великому Генераломъ Вейде въ 1698 г. (изд. 1841 г.).

3) *Уложеніе* или право воинскаго поведенія генераламъ, среднимъ и меньшимъ чинамъ и рядовымъ солдатамъ (1701—1702 г.) (приложеніе къ изслѣдованію М. П. Розенгейма „Очеркъ исторіи военно-судебныхъ учрежденій въ Россіи").

4) *Артикулъ* Краткій, 1706 г. (приложеніе къ тому же изслѣдованію М. П. Розенгейма).

5) *Уставъ* Воинскій о должности Генералъ-Фельдмаршаловъ и всего генералитета и прочихъ чиновъ; *Артикулъ* Воинскій съ краткимъ толкованіемъ и съ процессами; *Экзерциціи*, пріуготовленіе къ маршу, званія и должности полковыхъ чиновъ; напечатася повелѣніемъ Его Императорскаго Величества 1716 г. Марта 30 дня; СПБ. изд. 1826 г.

6) *Сводъ* Россійскихъ узаконеній по части военно-судной (изд. по Высочайшему повелѣнію отъ Дежурства Главнаго Штаба Его Императорскаго Величества) 1828 г.

7) *Уставъ* военно-уголовный, 1839 г. (изд. 1864 т.), С. В. П. 1859 г. ч. V.

8) *Воинскій уставъ* о наказаніяхъ, XXII кн. С. В. П. 1869 г. изд. 1, 2 и 3.

9) *Военно-морской* уставъ о наказаніяхъ, XVI кн. С. М. П. изд. 1886 г.

10) *Проектъ* воинскаго устава о наказаніяхъ (1 и 2 проектъ сенатора Капгера) (библіотека Государственнаго Совѣта).

11) *Журналы* Генералъ-Аудиторіата по проекту новаго воинскаго устава о наказаніяхъ; I отдѣленія, I стола къ № 1, 1858—1861 г. (архивъ Гл. Воен. Судн. Упр.).

12) *Проектъ* воинскаго устава о наказаніяхъ разсмотрѣнный въ Генералъ-Аудиторіатѣ Военнаго Министерства (библіотека Государственнаго Совѣта).

13) *Журналы* Высочайше учрежденной Комиссіи для разсмотрѣнія проекта воинскаго устава о наказаніяхъ съ запиской объ основаніяхъ примѣненія смертной казни. Дѣло Аудиторіатскаго Департамента I отд. I ст., 15 Окт. 1864 — 18 Февр. 1865 г. (архивъ Гл. Воен. Суд. Упр.) (то-же—печатная брошюра).

14) *Объясненія* на журналъ Комиссіи Высочайше учрежденной для разсмотрѣнія проекта воинскаго устава о наказаніяхъ и на новую редакцію общей части, СПБ. 1865 г.

15) *Сборникъ* законодательныхъ работъ по составленію воинскаго устава о наказаніяхъ, СПБ. 1869 г.

16) *Заключеніе* Главнаго Военнаго Прокурора по пересмотру воинскаго устава о наказаніяхъ, СПБ. 1874 г.

17) *Разборъ* замѣчаній на постановленія гл. II воинскаго уст. о наказ. изд. 1875 г. и мотивы къ соотвѣтственной части проекта воинскаго устава о наказаніяхъ (брошюра).

18) *Проектъ* воинскаго устава о наказаніяхъ, брошюра (1890—1892 г.).

19) *Мотивы* къ проекту воинскаго устава о наказаніяхъ (1890—1892 г.); брошюра въ 4 томахъ.

20) *Соображенія* Совѣщанія при Главномъ Военно-Судномъ Управленіи по пересмотру воинскаго устава о наказаніяхъ (кн. XXII С. В. П. 1869 г. изд. 2) и предположенія относительно новой редакціи онаго. Составлено Полковникомъ (нынѣ Генералъ-Маіоромъ) Шендзиковскимъ; 1894 г.

21) *Проектъ* воинскаго устава о наказаніяхъ, общая часть; брошюра (1893—1894 г.).

---

22) *Правила* о наказаніяхъ исправительныхъ и о степени власти въ опредѣленіи оныхъ; приложеніе къ ст. 230, V ч. С. В. II. 1839 г. (изд. 1864 г.).

23) *Положеніе* объ охраненіи воинской дисциплины и взысканіяхъ дисциплинарныхъ, 6-го Іюля 1863 г. (П. С. З т. XXXVIII № 39830).

24) *Положеніе* о взысканіяхъ дисциплинарныхъ, 1865 г Апр. 7, Прик. по Воен. Вѣд. № 131 (прилож. къ ст. 230, кн. I, ч. V, С. В. П. 1859 г. по V продолж.).

25) *Уставъ* дисциплинарный, кн. XXIII, С. В. П. 1869 г. изд. 1, 2 и 3.

26) *Военно-морской* дисциплинарный уставъ кн. XVII, С. М. П. изд. 1895 г.

27) *Уставъ* военно-полицейскій по сухопутному вѣдомству (проектъ)—архивъ Главнаго Военно-Суднаго Управленія; дѣло озаглавлено такъ: „Департамента Аудиторіатскаго I отд. I ст. къ № 1. По предписанію Военнаго Министра, съ объявленіемъ Высочайшаго повелѣнія о составленіи военно-полицейскаго и военно-уголовнаго уставовъ, 2-го Февраля 1837—26 Марта 1860 г.

28) *Проектъ* положенія объ охраненіи воинской дисциплины и взысканіяхъ дисциплинарныхъ; брошюра, годъ изданія не указанъ.

29) *Положеніе* о порядкѣ и степени власти въ наложеніи взысканій по правиламъ военной дисциплины; I отд. I ст. къ № 1, 1861—1862 (проектъ сенатора Капгера); въ томъ же дѣлѣ — объяснительная записка къ проекту (арх. Гл. В. С. Упр.).

30) *Подлинные* журналы Высочайше учрежденнаго Комитета для разсмотрѣнія замѣчаній на проектъ положенія о взысканіяхъ по правиламъ военной дисциплины; I отд. I ст. № 1, 1862—1863 г. (архивъ Гл. Воен. Суд. Упр.); то-же—печатная брошюра.

31) *Замѣчанія* Главныхъ Воинскихъ Начальниковъ на положеніе о дисциплинарныхъ взысканіяхъ; брошюра, годъ изданія не указанъ.

32) *Проектъ* устава дисциплинарнаго, разосланный въ 1886 г. Начальникамъ военныхъ округовъ для разсмотрѣнія.

33) *Законодательное* дѣло по пересмотру дисциплинарнаго устава изд. 1869 г. I отд. 3 ст. № 58, 1882—1888 г.

34) *Сводъ* Военныхъ Постановленій 1859 и 1869 г.

35) *Уставъ* внутренней службы въ пѣхотныхъ войскахъ 1877 г. (изд. 1900 г.).

36) *Уставъ* гарнизонной службы, изд. 1900 г.

37) *Полное Собраніе* Законовъ Россійской Имперіи.

38) *Сводъ* Законовъ Россійской Имперіи.

39) *Уложеніе*, по которому судъ и расправа во всякихъ дѣлахъ въ Россійскомъ Государствѣ производится, Государя Царя и Великого Князя Алексѣя Михайловича, въ лѣто отъ сотворенія міра 7156; СПБ. 1820 г.

40) *Сводъ* законовъ уголовныхъ, т. XV, 1832, (изд. 1836 года).

41) *Уложеніе* о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ изд. 1845, 1857, 1866 и 1885 г.

42) *Уголовное* уложеніе. Проектъ редакціонной Комиссіи (приложеніе къ № 9 Журн. Мин. Юстиціи 1895 г.).

43) *Проектъ* уголовнаго уложенія, исправленный по заключеніямъ Особаго Совѣщанія (годъ не указанъ).

---

44) *Бернеръ, А. Ф.*, Учебникъ уголовнаго права, часть общая и особенная, перев. магистра угол. пр. Н. Неклюдова, СПБ. 1865 г.

45) *Вульфертъ, А. К.* профессоръ, Лекціи по общей части уголовнаго права; курсъ, читанный въ Военно-Юридической Академіи въ 1894—95 г. СПБ. 1895 г.

46) *Градовскій, А.* Начала русскаго государственнаго права, изд. 3, 1887 г.

47) *Долопчевъ, В.* О правѣ необходимой обороны. Юридич. Вѣст. 1874 г. Ноябрь и Декабрь.

48) *Кистяковскій, А. Ф.* Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права, часть общая, Кіевъ, 1875 г.

49) *Коркуновъ, Н. М.* Русское государственное право, часть особенная, выпускъ 1 и 2; СПБ., 1901 г.

50) *Куплеваскій, Н. О.* О предѣлахъ повиновенія незаконнымъ распоряженіямъ и дѣйствіямъ должностныхъ лицъ. Юридич. Вѣст. 1886 г. Сентябрь, стр. 41—62.

51) *Лохвицкій, А.* докторъ правъ, Курсъ русскаго уголовнаго права, СПБ. 1871 г.

52) *Неклюдовъ, Н. А.*, магистръ правъ, Общая часть уголовнаго права (конспектъ), СПБ. 1875 г.

53) *Полетаевъ, Н.* Необходимая оборона; Журн. Мин. Юст. 1863 г. Октябрь.

54) *Резонъ, А.* фонъ, Дисциплинарное право; Журн. Гр. и Угол. права 1889 г. кн. 7 и 8.

55) *Розинъ, Н.*, О крайней необходимости; СПБ. 1899 г.

56) *Сергѣевскій, Н. Д.* профессоръ, Русское уголовное право, пособіе къ лекціямъ; СПБ. 1890 г.

57) *Таганцевъ, Н. С.*, профессоръ, Курсъ русскаго уголовнаго права, часть общая, СПБ. 1874 г.

58) *Таганцевъ, Н. С.* Лекціи по русскому уголовному праву, часть общая, СПБ. 1888—1892 г.

59) *Штейнъ, Л.*, Ученіе о военномъ бытѣ какъ часть науки о государствѣ, переводъ А. Эртеля, 1875 г.

60) *Гефдингъ, Г.* профессоръ, Очерки психологіи, основанной па опытѣ; переводъ съ нѣм. подъ ред. Я. Колубовскаго, второе русское изд., СПБ. 1896 г.

61) *Спенсеръ, Г.*, Основанія психологіи. Печатано съ перваго русскаго изд. сдѣланнаго въ 1876 г. И. И. Билибинымъ, СПБ. 1897 г.

62) *Цигенъ, Д-ръ*, Физіологическая психологія; перев. съ нѣм. М. Милославскаго подъ ред. проф. В. Ф. Чижа, СПБ. 1893 г.

---

63) *Бобровскій, П. О.* Военное право въ Россіи при Петрѣ Великомъ. Артикулъ Воинскій, выпускъ 1 и 2; СПБ. 1882—1886 г.

64) *Дангельмайеръ Д.*, Исторія военно-уголовнаго права; перев. съ нѣм. А. Д. и Ф. П., Варшава 1892 г.

65) *Драгомировъ, М.* „14 Лѣтъ“, сборникъ оригинальныхъ и переведенныхъ статей, 1881—1894 г. СПБ. 1895 г.

66) *Драгомировъ, М.*, Солдатская памятка, съ предисловіемъ и примѣчаніями, извлеченными изъ французскаго изданія А. Пузыревскимъ; изд. 2 для офицеровъ; СПБ. 1890 г.

67) *Драгомировъ, М.* Солдатская памятка, изд. 22, СПБ. 1901 г.

68) *Кузьминъ-Караваевъ, В. Д.* профессоръ, Военно-уголовное право, часть общая, СПБ. 1895 г.

69) *Мушниковъ, А.* адъюнктъ-профессоръ, Особенная часть русскихъ военно-уголовныхъ законовъ, конспектъ курса для Военно-Юридической Академіи; СПБ. 1890 г.

70) *Неѣловъ, Я. А.* профессоръ, Курсъ военно-уголовнаго права. Лекціи, читанныя въ Военно-Юридической Академіи въ 1884—5 академическомъ году, СПБ.

71) *Подробная программа* обученія молодыхъ солдатъ пѣхоты. Составлена по приказанію Командующаго войсками Кіевскаго военнаго округа; изд. XVI; Кіевъ, 1900 г.

72) *Розенгеймъ, М. П.,* Очеркъ исторіи военно-судебныхъ учрежденій въ Россіи до кончины Петра Великаго; СПБ. 1873 г.

73) *Шендзиковскій,* адъюнктъ - профессоръ, Конспектъ лекцій по исторіи русскаго военно-уголовнаго законодательства, СПБ. 1885 г.

---

74) *Oesterreichische* Strafgesetz, vom 27 Mai 1852.

75) *Das Militär-Strafgesetz* über Verbrechen und Vergehen, 15 Januar 1855, sammt den einschlägigen und ergänzenden Gesetzen und Verordnungen; Wien, 1901; redigirt von Dr. A. Koller.

76) *Dienst-Reglement* für Kaiserliche und Königliche Heer; zweite Auflage des Reglements vom 1873; Wien, 1900.

77) *Die Militär-Gesetze* des Deutschen Reichs, mit Erläuterungen; herausgegeben auf Veranlassung des Königlich Preussischen Kriegs-Ministerium; Berlin 1890.

78) *Kompendium* über Militärrecht, herausgegeben vom Königlich Preussischen Kriegsministerium, Berlin, 1900. (Militärstrafgerichtsordnung, 1 December, 1898; Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 20 Juni 1872; Kriegsartikel für das Heer, 31 October 1872; Allerhöchste Verordnung über die Disciplinar-Strafordnung für das Heer, 31 October 1872; Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15 Mai 1871).

79) *Code pénal,* 12 février 1810 (édition 1901).

80) *Code de justice* militaire pour l'armés de terre, 9 juin 1857 (édition 1896).

81) *Décret* du 20 octobre 1892 portant règlement sur le service intérieur des troupes d'infanterie; Paris, 1901.

82) *Bulletin* des lois de la république Française.

83) *Code* pénal Belge, 1867; par I. Nypels, Bruxelles, 1867.

84) *Code* pénal militaire, 27 mai 1870, Royaume de Belgique; Bruxelles, 1871.

85) *Règlement* sur le service intérieur, la police et la discipline, Bruxelles, 1896.

86) *Codice* penale per l'esercito del regno d'Italia, Firenze, 1869.

87) *Code* pénal militaire pour les états de S. M. le roi de Sardaigne, Turin, 1859.

88) *Loi fédérale* sur la justice pénal pour les troupes fédérales, 27 août 1851.

89) *Règlement* de service pour les troupes Suisses, du 23 janvier 1900.

90) *Arrêté* du Conseil fédéral concernant les articles de droit pénal militaire pour le service de paix, du 30 décembre 1898.

91) *Message* du Conseil fédéral concernant le code pénal militaire et procédure pénal pour les troupes de la confédération Suisse, du 30 mai 1884.

---

92) *Binding, K.*, Handbuch des Strafrechts, Leipzig, 1885.

93) *Blanche, A.*, Etudes pratiques sur le code pénal, Paris, 1861—64.

94) *Brauer, W.* „Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit",—Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volksthümliches Recht, Januarheft, 1856.

95) *Chaveau, A.* et Hélie, F., Théorie du code pénal, quatrième édition, Paris, 1861.

96) *Dalloz, M. D.*, ainé, „Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit publique", 1846—1864.

97) *Garraud, R.*, Traité théorique et pratique du droit pénal français, deuxième édition 1898—1900.

98) *Haus, I.* Principes généraux du droit pénal Belge; deuxième édition, Paris 1874.

99) *John, R.*, Die Verbrechen gegen den Staat; Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von Dr. F. Holzendorff, dritter Band, XIV; Berlin, 1872.

100) *Levita, C.* Das Recht der Nothwer, Giefsen, 1856.

101) *Merkel, A.;* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1889.

102) *Meyer, H.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, fünfte Auflage; Leipzig, 1895.

103) *Moriaud,* Paul, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité; 1889.

104) *Olshausen,* Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; Berlin, 1897.

105) *Oppenhoff, F. Z.* Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, erläutert ....; sechste Ausgabe, Berlin, 1869.

106) *Ortolan,* M., Eléments du droit pénal; deuxiéme édition, 1859.

107) *Titze, H.*, Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwickelung; Leipzig, 1897.

108) *Trébutien, E.* Cours élémentaire de droit criminel, Parie. 1854.

109) *Wessely, W.*, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte; Prag, 1862.

110) *Zachariä, H.* Ueber die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamte; Archiv des Criminalrechts, neue Folge, dritte Stück. XV, s. 344—376; Halle, 1843.

---

111) *Ambert,* Joachim (par le colonel baron) „Soldat". Paris, 1854.

112) *Brauer, W.*, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1872.

113) *Calker, F.* van, Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch, München, 1888.

114) *Calker F.,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht; München und Leipzig, 1891.

115) *Conférences* de droit pénal et d'instruction criminelle militaires, ou explication théorique et pratique du code de justice militaire; Par un Capitaine Adjudant-Major d'infanterie, 1867.

116) *Damianitsch, M.,* Studien über das Militär-Strafrecht in seinem materiellen und formellen Theile, Wien, 1862.

117) *Dangelmaier, E.* Die Militär-Verbrechen und Vergehen nach österreichischem Rechte, Insbruck, 1884.

118) *Dangelmair, E.*, Philosophie des Milltär-Rechts; Wien und Leipzig, 1896.

119) *Discipline* militaire de Messire Guillaume de Bellay, Seigneur de Langey, Cheuallier de l'ordre et Lieutenant général de Roy à Turin, comprise en trois liures, à Lion, 1592. (Библіотека Императорскаго Варшавскаго Университета).

120) *Dissertation* sur la subordination avec des réflexions sur l'exercice et sur l'art militaire, par Monsieur***, Avignon, MDCCLIV.

121) *Fleck, C.*, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Preussische Heer; neue Ausgabe; Berlin. 1869.

122) *Foucher, W.*, Commentaire sur le code de justice militaire pour l'armée de terre; Paris, 1858.

123) *Grisot,* General, Maximes Napoléoniennes, répertoire militaire, „Obéissance"; Paris, 1898.

124) *Hecker, K.* Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, Stuttgart, 1887.

125) *Hueber, E.* Du rôle de l'armée dans l'état et des principes de l'institution militaire, Paris, 1872.

126) *Kleemann, F.*, System des militärischen Disciplinar-Strafrechtes; Budweis, 1898.

127) *Koppmann, C.*, Militärstrafgesetzbuch und Militärstrafgerichtsordnung für das Königreich Bayern, vom 1869; München, 1870.

128) *Leclerc de Fourolles, J.* et Coupois, Th., Le code de justice militaire pour l'armée de terre interprété par la doctrine et la jurisprudence; Chalons-sur-Marne, 1891.

129) *Nypels, J.* Code pénal militaire, Bruxelles, 1870.

130) *Perrier. I. B.* Guide des juges militaires, ou recueil et analyse des lois en vigueur sur la justice et les tribunaux militaires. Paris, 1831.

131) *Prandier-Fodéré* et Le Faure; Commentaire sur le code de justice militaire, Paris, 1873; (appendice, 1876).

132) *Solms, W.*, Strafrecht und Strafprozess für Heer und Marine des Deutschen Reichs, zweite und dritte Auflage, Berlin, 1883, 1892.

133) *Stirneman,* de, Essai sur l'application de la discipline militaire des anciens Grecs et Romains à notre temps d'aujourd'hui selon la natur des armes à feu en usage présentement", Strasburg, 1772. (Библіотека Императорскаго Варшавскаго Университета).

134) *Walde, H.* Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, von 20 Juni 1872, Leipzig, 1899.

135) *Weisl, E.*, Das Heeres-Strafrecht, allgemeiner Theil, Wien, 1892.

136) *Zappe, K.*, Grundzüge des Militär-Strafrechtes; Wr.-Neustadt, 1897.

137) *Wilchelm, A.* Commentaire théorique et pratique des codes de justice maritime et militaire à l'usage des membres des juridictions maritimes et militaires en France et aux colonies; Paris, 1897.

Аще въвойнѣ въсему благое поведеніе имѣть, то надлежитъ каждому, и всему войску на Главу смотря поступать: како глава хощетъ, тако надлежитъ тѣлу и удамъ подвизатися, дабы безъстройства не произошло, и другъ бы другу помѣшательство не учинилъ или и вовсе оттого непогиблъ бы.

Воинскій уставъ Генерала Вейде, 1698 г. изд. 1841 г. стр. 7.

I.

Съ первыхъ моментовъ бытія человѣчества ему приходится вести непрерывную борьбу за свое существованіе. Недостаточность единичныхъ, разрозненныхъ усилій заставила людей сплотиться для совмѣстной борьбы, а затѣмъ, въ силу принципа раздѣленія труда, выдѣлить изъ своей среды группу лицъ, предназначенныхъ для защиты интересовъ даннаго общества отъ насильственныхъ посягательствъ его сосѣдей. Борьба за существованіе вызвала къ жизни войско. Войско, какъ управляемое единеніе вооруженныхъ людей, считаетъ свою исторію тысячелѣтіями.

Совмѣстная дѣятельность людей въ средѣ ли семьи, общины, государства всегда вызывала необходимость разграниченія интересовъ соприкасающихся лицъ и опредѣленія ихъ взаимныхъ отношеній,—это говоритъ намъ исторія права. Поэтому, естественнымъ путемъ, одновременно съ возникновеніемъ войска явились и правовыя нормы, регулировавшія жизнь его, явилось военное право, хотя бы въ самой примитивной формѣ обычаевъ, передававшихся отъ отца къ сыну. Задачи человѣческаго общежитія расширялись, нарождавшіеся интересы давали новые поводы борьбы, къ участію въ ней привлекалось все большее и большее число лицъ и, въ совре-

менную намъ эпоху исторической жизни народовъ, арміи достигли милліонной численности, а защита государства съ оружіемъ въ рукахъ стала обязанностью каждаго гражданина. Историческій ростъ права общаго, съ одной стороны, увеличеніе численности войска и усложненіе военной техники—съ другой, неизбѣжно должны были отразиться на содержаніи и формѣ права военнаго. Оно приняло письменную форму, систематизировалось и заняло крупное мѣсто въ правовой жизни государства. Явились законы,—оказались лица, нежелавшія подчинить свои интересы и волю, интересамъ и волѣ государства. Незыблемость условій гражданскаго быта охранялась общимъ уголовнымъ закономъ,—войсковой бытъ потребовалъ для своей устойчивости особой карательной дѣятельности, поставленной въ соотношеніе съ предписаніями военнаго права. Можно было бы a priori утверждать, что военное право вообще, и военно-уголовное въ частности, возникли одновременно съ войскомъ; историческія же указанія подтверждаютъ эту мысль.[1])

Отсюда можно было бы заключить, что основныя понятія и принципы этой отрасли законодательства определены съ достаточной точностью и безспорностью. Между тѣмъ, не только содержаніе военно-уголовнаго права, понятіе воинскаго преступленія, но даже опредѣленіе войска и дисциплины остаются до настоящаго времени почти не установленными и вызываютъ крайне противорѣчивыя истолкованія.

При этомъ условіи изслѣдованіе частныхъ вопросовъ военно-уголовнаго права, напримѣръ, причинъ невмѣненія въ вину дѣяній, вызываетъ необходимость установить предварительно сущность указанныхъ основныхъ понятій, такъ какъ безъ этой подготовительной работы всякіе выводы будутъ шатки и произвольны.

Преступное дѣяніе, какъ воспрещенное, во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія, имѣетъ своимъ объектомъ, съ одной стороны — норму положительнаго права, съ другой стороны — право субъек-

[1]) Дангельмейеръ—Ист. воен. угол. права, стр. 5 и слѣд., Weisl—Das Heeres Strafrecht; стр. 19, 27, 29—47.

тивное, охраняемые этими нормами блага и интересы общества или частныхъ лицъ. По выраженію профессора Таганцева[1]), „логическимъ предположеніемъ каждаго уголовнаго закона является бытіе нормы“. Законъ уголовный имѣетъ своей задачей охраненіе существующаго въ государствѣ и обществѣ правопорядка, опирающагося на предписаніе положительнаго законодательства, и находится въ прямой зависимости отъ его предписанія и запретовъ. Законы, опредѣляющіе форму государственнаго управленія, положеніе представителя верховной власти, права и обязанности лицъ, занимающихъ государственныя должности, личныя и имущественныя права гражданъ,—всѣ эти группы положительнаго законодательства и устанавливаемый ими правопорядокъ находятъ себѣ защиту отъ посягательствъ въ томъ или другомъ отдѣлѣ закона уголовнаго.

Войско, занимающее въ извѣстныя намъ историческія эпохи крупное мѣсто среди другихъ государственныхъ учрежденій, и опредѣляемое въ своей правовой жизни совокупностью нормъ положительнаго военнаго права, требуетъ, очевидно, также надлежащей защиты въ формѣ уголовной репрессіи. Эта послѣдняя устанавливается не общимъ уголовнымъ законодательствомъ, а особыми военно-уголовными кодексами. Болѣе того—и опредѣлительныя нормы военнаго права занимаютъ въ значительной степени обособленное, по отношенію къ общему законодательному матеріалу, положеніе. Вопросъ о необходимости этой обособленности и ея причинахъ будетъ до извѣстной степени разрѣшенъ въ дальнѣйшемъ изложеніи.

Совмѣстная дѣятельность людей, направленная къ одной общей цѣли, необходимо требуетъ опредѣленія взаимныхъ отношеній дѣйствующихъ лицъ и характера дѣятельности каждаго изъ нихъ. Единство цѣли не устанавливаетъ еще само по себѣ единства дѣйствія лицъ, стремящихся къ этой цѣли. Въ зависимости отъ степени умственнаго и нравственнаго развитія, научныхъ познаній, личныхъ взглядовъ и другихъ причинъ, каждый изъ сотрудниковъ можетъ избрать такой спо-

[1]) Лекціи, т. 1, стр. 108.

собѣ дѣйствія, такое приложеніе своихъ силъ, которое или затруднитъ дѣятельность другого, или даже сдѣлаетъ ее совершенно безполезной или невозможной. При ограниченномъ числѣ дѣятелей возможно устранить такое столкновеніе силъ путемъ взаимнаго соглашенія. Но при значительномъ числѣ дѣйствующихъ лицъ и при трудѣ сколько-нибудь сложномъ, соглашеніе не всегда можетъ быть достижимо, а пререканіе несогласныхъ отразится неблагопріятно на самой дѣятельности. Жизненный опытъ, установившій эту элементарную истину, выработалъ слѣдующіе два принципа совмѣстнаго труда: 1) каждый изъ дѣятелей, имѣя въ виду общую цѣль, прилагаетъ свои усилія къ разрѣшенію только частной задачи, 2) общее руководительство и направленіе частныхъ силъ присваивается лицу, стоящему внѣ сферы ихъ приложенія.

Совмѣстный трудъ, вызывая неизбѣжно постоянное соприкосновеніе трудящихся между собою и съ руководителемъ, создаетъ необходимость опредѣленія этихъ двухсторонниxъ отношеній, и притомъ не только въ моменты сотрудничества, но и внѣ ихъ, въ условіяхъ обыденной жизни, такъ какъ даже временное измѣненіе взаимной связи членовъ даннаго единенія можетъ создать препятствія къ достиженію общей цѣли.

Служба обществу, государству, въ гражданскомъ или военномъ быту есть тоже трудъ,—трудъ, къ которому призываются тысячи людей, сложный по своимъ задачамъ, средствамъ и условіямъ исполненія. Цѣлесообразная организація этого труда, какъ и всякаго другого, требуетъ точной регламентаціи числа трудящихся, ихъ техническихъ познаній и соотвѣтствующаго образованія, мѣста и времени ихъ дѣятельности, взаимныхъ отношеній, вознагражденія, снабженія орудіями труда и т. д. Всѣ эти вопросы могутъ быть разрѣшены соотвѣтствующими обязательными правилами, если мы будемъ говорить о какомъ-либо техническомъ и производительномъ предпріятіи, или правовыми нормами, юридическимъ закономъ, разъ задача даннаго единенія — государственная, а трудъ — служебный. Само собой разумѣется, что предметомъ этихъ правилъ и правовыхъ нормъ будутъ не предписанія техническія,.

въ буквальномъ смыслѣ слова, а лишь условія, опредѣляющія обстановку и общіе способы труда во имя поставленной цѣли.

Исходя изъ этой мысли, можно было бы сказать, что военоое право есть совокупность правовыхъ, исходящихъ отъ государственной власти нормъ, опредѣляющихъ устройство, управленіе, вооруженіе, продовольствіе, обученіе и *службу* войскъ. Но, необходимо признать, что такое опредѣленіе заключало бы въ себѣ нѣкоторую принципіальную ошибку.

Цѣль бытія войска—вооруженная борьба (не говорю—защита, потому что войны предпринимаются нерѣдко съ цѣлями завоевательными и даже въ интересахъ другого государства) [1]). Служба войска, въ истинномъ смыслѣ этого слова, есть служба въ бою. Мирное время является не болѣе какъ подготовительнымъ періодомъ, а служба мирнаго времени—лишь средствомъ для достиженія основной цѣли [2]). Вооруженная борьба требуетъ отъ ея участниковъ не только физическихъ усилій, техническихъ познаній въ связи съ практической подготовкой, не только матеріальныхъ жертвъ, но требуетъ жертвъ несравнено драгоцѣннѣйшихъ и невознаградимыхъ—жизни людей. Каждый воинъ доженъ быть готовъ во всякій моментъ идти въ бой и тамъ побѣдить или умереть. Это основное условіе военной службы ставитъ ее въ положеніе совершенно исключительное по сравненію со всѣми другими видами служенія государству, со всѣми видами человѣческаго труда. Всесильный законъ можетъ предписать гражданину принести жизнь свою въ жертву обществу и государству, но законъ этотъ, съ одной стороны, не можетъ указать—*какъ* и во имя какой *частной* задачи должна быть принесена эта жертва, а съ другой стороны, можетъ остаться безъ исполненія, если данное лицо поставитъ

---

[1]) Сравн. „Война“ соч. Клаузевица въ переводѣ К. Войде, Воен. Сборн. 1899 г. № 1, стр. 5. Л. Штейнъ—51 стр.

[2]) Св. Воен. Пост. 1859 г. ч. III, кн. 1, ст. 591—„Предписанныя къ соблюденію во время похода, въ лагерѣ и на бивакахъ правила составляютъ полевую службу; а употребленіе сихъ правилъ во время войны ко вреду непріятеля есть цѣль сей службы“.

интересы своей личности выше предписаній власти и интересовъ государства. Законъ можетъ опредѣлить устройство войска, но не можетъ вызвать его къ дѣйствію и руководить этимъ послѣднимъ; законъ не можетъ принудить людей пренебрегать своими интересами и своей жизнью во имя жизни отечества. По глубоко вѣрной мысли Л. Штейна, «военный бытъ подчиненъ закону, а войско — повѣленію»[1]. „Законъ сохраняетъ свою силу для арміи... но законодательная власть никогда не можетъ издавать законовъ для употребленія арміи, а только для обстоятельствъ ея созиданія, порядка и управленія“ [2]. Другими словами, законъ можетъ установить порядокъ подготовительной войсковой службы въ техническомъ отношеніи, но не можетъ опредѣлить дѣйствительной, боевой службы войска, его дѣятельности на театрѣ войны. Такимъ образомъ въ область военнаго права, въ силу логической необходимости, не могутъ входить: 1) предписанія тѣхъ дѣйствій, для совершенія которыхъ существуетъ войско, и 2) предписаніе жертвовать жизнью для блага государства. *Боевая служба*, какъ дѣятельность войска, направленная непосредственно къ одолѣнію непріятеля, находится внѣ сферы предписаній военнаго права. Предъявляемое закономъ къ воину требованіе—жертвовать своею жизнью, есть не болѣе какъ пожеланіе, аналогичное требованію отъ гражданъ нравственныхъ, честныхъ поступковъ. Законъ не можетъ принудить къ самопожертвованію, такъ какъ оно является результатомъ нравственныхъ побужденій. А потому, данное выше опредѣленіе военнаго права выразится въ слѣдующей формулѣ: *военное право, въ тѣсномъ смыслѣ, есть совокупность нормъ, устанавливающихъ организацію арміи.* Подчеркиваемъ слово—*организацію*, какъ противоположеніе *устройству*; военное право не можетъ ограничиться опредѣленіемъ состава и назначенія (*устройство*) войсковыхъ частей, а должно, неизбѣжно, установить функціи этихъ частей и слагающихъ элементовъ, ихъ соотношеніе и сферу дѣятельности, но лишь въ административномъ отноше-

---

[1]) Л. Штейнъ—Уч. о воен. бытѣ, стр. 20.
[2]) Тамъ же стр. 247.

нія, въ отношеніи порядка управленія[1]). Военное право можетъ и должно изъ безформенной массы людей создать жизнеспособный организмъ; но дать этому организму жизнь, вложить въ него душу мертвый законъ не можетъ.

Какая же сила двигаетъ милліонныя арміи въ бою и что одухотворяетъ этотъ могучій организмъ? Сила—власть и воля верховнаго вождя, душа—дисциплина.

«Командованіе на войнѣ.... не можетъ принадлежать ни законодательной, ни исполнительной власти, ни народному представительству, ни военному министерству, а только верховному главѣ государства» говоритъ Л. Штейнъ[2]). Верховный вождь арміи можетъ быть только одинъ, не подчиненный никому, но подчиняющій себѣ всѣхъ подвластныхъ, отвѣтственный только передъ своей совѣстью, но не передъ своими подданными или закономъ. Единоличное верховное командованіе арміей—аксіома, безусловная для всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ[3]).

Военное право и воля верховнаго вождя—два начала бытія войска; внѣшняя же его форма—единеніе вооруженныхъ людей. Такимъ образомъ, войско есть *единеніе вооруженныхъ людей, опредѣляемое въ своей организаціи юридическимъ закономъ и управляемое въ своей дѣятельности волею верховнаго вождя.*

Я останавливаюсь на этомъ опредѣленіи по слѣдующимъ соображеніемъ. Оно заключаетъ въ себѣ всѣ признаки, которыми войско отличается въ нашемъ пониманіи отъ иныхъ формъ общенія. Единенія людей могутъ быть крайне разнообразны, какъ по своимъ формамъ и организаціи, такъ и по своимъ цѣлямъ, но признакъ вооруженія людей значительно суживаетъ понятіе единенія, рѣзко выдѣляя его изъ ряда другихъ. При отсутствіи организаціи, опредѣляемой закономъ, исходя-

---

[1]) Сравн. Л. Штейнъ. Уч. о воен. бытѣ стр. 218, Dangelmaier, Philosophie der M. R., 1. Оба автора нѣсколько суживаютъ понятіе военнаго права, ограничивая его задачи опредѣленіемъ отношеній между военнослужащими (Л. Штейнъ говоритъ даже: „между повелѣвающими и обязанными повиновеніемъ“).

[2]) Уч. о воен. бытѣ стр. 247.

[3]) Сравн. Кузьминъ-Караваевъ. Воен. угол. пр. стр. 12—14. Dangelmaier, Die milit. Verbrech. und Verg. 34.

щимъ отъ государственной власти, единеніе вооруженныхъ людей не является еще войскомъ въ истинномъ смыслѣ слова, такъ какъ тѣ же признаки единенія и вооруженности присущи всякой разбойничьей шайкѣ. Но и закономѣрность даннаго единенія не дѣлаетъ еще понятія полнымъ, такъ какъ всѣмъ указаннымъ условіямъ удовлетворяютъ чины и отряды полиціи—учрежденіе, не имѣющее, по общему правилу, ничего общаго съ войскомъ. Только принципъ управленія единою волею верховнаго вождя даетъ цѣльность и опредѣленность понятію войска [1]).

Велѣніе вождя двигаетъ армію въ бой—впереди побѣда или смерть. Почему же солдатъ идетъ на возможную смерть? что заставляетъ его не только пренебречь страхомъ смерти, но даже забыть о ней? Законъ ли уголовный, карающій за побѣгъ и трусость, стыдъ ли передъ товарищами? Законъ не можетъ угрожать бо̀льшимъ чѣмъ смертью, возможной лишь въ будущемъ, а здѣсь въ бою—вѣрная и немедленная смерть на каждомъ шагу; стыдъ остановитъ одного бѣглеца при твердости остальныхъ; но если побѣгутъ всѣ, то и стыдиться будетъ не передъ кѣмъ; кромѣ того страхъ можетъ быть сильнѣе стыда. Не безпощадная строгость закона, не позоръ, ожидающій трусовъ, а только дисциплина даетъ арміи силу и славу.

Въ чемъ же выражается дисциплина, какъ опредѣляется это великое начало, которое сильнѣе смерти?

Понятіе дисциплины не легко поддается опредѣленію. Законодательства почти всѣхъ государствъ, многіе изслѣдователи военнаго и общаго права стремятся дать возможно полное и ясное выраженіе этому понятію, но нельзя сказать, чтобы ихъ опредѣленія были логически безспорны и принципіально вѣрны. Укажу нѣкоторыя изъ этихъ опредѣленій.

I) «Воинская дисциплина состоитъ въ строгомъ и точномъ соблюденіи правилъ, предписанныхъ военными

---

[1]) Сравн. Л. Штейнъ стр. 8, Кузьминъ-Караваевъ—Воен. угол. пр. часть общ. стр. 5—11. Dangelmaier—Die Militair Verbrechen und Vergehen —34 s.

законами» — ст. I, XXIII кн. С. В. П. 1869 г. изд. 3 [1]; II) «Дисциплина есть совокупность живущихъ (innewohnenden) въ воинской части субординаціи, вѣрности службы и порядка»—§ 16, ст. 98 Dienst Reglement für das K. und K. Heer. 1900 г.; III) „Дисциплина, какъ главнѣйшая сила арміи, требуетъ отъ подчиненныхъ полнаго и постояннаго повиновенія начальнику и буквальнаго исполненія его приказаній безъ колебаній и ропота“ — décret du Président de la Rèpublique française du 20 Octobre 1892.[2]); IV) „Воинская дисциплина есть совокупность условій, опредѣляющихъ взаимныя отношенія между начальниками и подчиненными“—профессоръ Кузьминъ-Караваевъ—Воен. уг. пр., часть общ. стр. 40; V) „Служебная дисциплина есть точное соблюденіе правилъ подчиненности между низшими и высшими должностными лицами“—Нач. рус. госуд. пр. А. Градовскій, т. II, стр. 99, 1887 г.; VI) А. фонъ Резонъ признаетъ дисциплиной: „авторитетъ на высшихъ и послушаніе на низшихъ ступеняхъ служебной іерархіи“—Дисциплинарное право, „Ж. Г. и Уг. Пр.“ 1889 г. кн. VIII, стр. 25 [3]); VII) „подъ дисциплиной, въ широкомъ смыслѣ слова, разумѣютъ всякія мѣры, направленныя къ охранѣ порядка совмѣстной дѣятельности или жизни“ — Рус. госуд. право Н. М. Коркунова т. II, ч особ. стр. 584; VIII) „Дисциплина есть не болѣе какъ точное исполненіе закона“—E. Hueber, Du rôle de l'armée dans l'état. стр. 198; IX) K. Hecker—Lehrbuch, стр. 185 — опредѣляетъ дисциплину какъ „надлежащее (правильное) отношеніе солдата къ обязанностямъ своего званія и къ своимъ начальникамъ, а также надлежащее поведеніе внѣ службы и независимо отъ своего званія“.

Приведенныя опредѣленія по принципамъ, положеннымъ въ ихъ основаніе, могутъ быть раздѣлены на три

---

[1]) Сходное по мысли опредѣленіе было дано Сенаторомъ Капгеромъ въ его проектѣ: „Положеніе о порядкѣ и степени власти въ наложеніи взысканій по правиламъ военной дисциплины“ (дѣло Главнаго Военно-Суднаго Управленія 1861—1862 г. I отд. 1 ст. къ № 1. § 1).

[2]) Тождественное по содержанію опредѣленіе въ Бельгійскомъ дисциплинарномъ уставѣ, стр. 1. Principes généraux de la subordination, и во Французскомъ уст. 13 Мая 1818 г. стр. 1.

[3]) Тождественное опредѣленіе далъ фельдмаршалъ Moltke въ своей рѣчи въ рейхстагѣ, 7-го іюня 1872 г. см извлеченіе изъ стенографическаго отчета—Hecker, Lehrbuch, 185, и Dangelmaier, Philosophie—91.

группы: къ первой относятся тѣ, которыя уподобляютъ дисциплину — законности, закономѣрности дѣйствій (пп. I и VIII); ко второй—тѣ, которыя отождествляютъ дисциплину съ безусловнымъ повиновеніемъ (пп. III, V, VI); къ третьей—ограничивающія понятіе дисциплины правилами, нормирующими отношенія начальниковъ и подчиненныхъ (п. IV). Внѣ этихъ группъ должны быть поставлены опредѣленія, указанныя въ п.п. II, VII и IX, такъ какъ первыя два по своей неопредѣленности могутъ быть отнесены къ любой изъ указанныхъ группъ, последнее же прымыкаетъ ко второй и третьей группѣ.

Принципъ законности дѣйствій военнослужащихъ, безусловно присущій понятію воинской дисциплины, ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть выдвинутъ какъ единственный и не можетъ быть признанъ настолько типичнымъ, чтобы „исполненіе правилъ, предписанныхъ военными законами" исчерпывало бы собой обязанности, права и условія жизни лицъ, входящихъ въ составъ войскъ. Если изъ опредѣленія, даваемаго I ст. дѣйствующаго Устава Дисциплинарнаго, исключить слово „военными", то мы получимъ общее для всѣхъ гражданъ требованіе законности ихъ дѣйствій. Дѣйствительно, не составляетъ ли общей обязанности лицъ, живущихъ въ государствѣ, исполненіе правилъ предписанныхъ законами? Всякое уклоненіе отъ этой обязанности вызываетъ карательную репрессію со стороны органовъ власти, а соблюденіе этихъ правилъ создаетъ обычный, мирный порядокъ общественной жизни. Устанавливается ли этотъ порядокъ общегражданскими или специальными законами, напримѣръ, военными,—безразлично для существа правъ, обязанностей и юридическихъ отношеній. Принятіе предписаній закона въ число мотивовъ дѣятельности равно необходимо для всѣхъ гражданъ, независимо отъ профессіи ихъ и принадлежности къ тому или другому общественному союзу или государственному учрежденію. Исходя изъ опредѣленій I ст. XXIII кн. С. В. П. слѣдуетъ признать, что дисциплинированность, какъ качество лица, равнозначуще съ непреступностью: что все различіе быта гражданскаго и военнаго сводится къ соблюденію на ряду съ общими законами — законовъ спеціальныхъ. Но самое поверхностное зна-

комство съ условіями воинской жизни дѣлаетъ очевиднымъ неполноту такого опредѣленія, его ошибочность и несоотвѣтствіе дѣйствительности [1]). Неудовлетворительность редакціи упомянутой статьи закона обратила на себя вниманіе, при пересмотрѣ въ 1882—1888 гг. Устава Дисциплинарнаго, лицъ военно-судебнаго вѣдомства и военныхъ начальниковъ, но, какъ видно изъ мотивовъ къ проекту Устава Дисциплинарнаго, соображенія этихъ лицъ были отвергнуты и опредѣленіе, заключающееся въ ст. I, было признано „съ практической точки зрѣнія вполнѣ удовлетворительнымъ“, такъ какъ „въ ней содержится и общее понятіе воинской дисциплины и указаны наиболѣе важныя требованія ея [2]). Въ 1 ст. дѣйствительно указаны требованія дисциплины, но, какъ сказано въ мотивахъ, лишь „наиболѣе важныя“, т. е. другими словами это опредѣленіе не полно. Но кромѣ этого недостатка необходимо признать другой, заключающійся въ томъ, что законъ не даетъ опредѣленія самому понятію „дисциплина“, а ограничивается перечисленіемъ нѣкоторыхъ ея требованій. Указаніе же слагающихъ элементовъ какого либо понятія не составляетъ еще опредѣленія этого послѣдняго. Подобная неполнота закона можетъ не имѣть вредныхъ послѣдствій въ практическомъ его примѣненіи, такъ какъ сама жизнь, при извѣстныхъ условіяхъ, восполняетъ законъ. Знаніе военныхъ законовъ вообще и законовъ именуемыхъ «дисциплинарными» въ частности нисколько не дѣлаетъ лицо «дисциплинированнымъ» и годнымъ для выполненія воинскихъ обязанностей, какъ бы знанія эти ни были совершенны. По книгѣ нельзя выучиться быть хорошимъ солдатомъ. Солдата учитъ и воспитываетъ окружающая его среда, — начальники, товарищи и тѣ установившіеся вѣками принципы и традиціи, изъ которыхъ слагается жизнь войска, военный бытъ. Эти факторы и восполняютъ недостатки и неполноту закона, дѣлая ихъ неощутительными въ *большинствѣ случаевъ*. Явленія обыденной жизни просты и не требуютъ тщательнаго анализа и оцѣнки. Но иногда жизнь выдвигаетъ вопросы, которые, при

---

[1]) Сравн. Dangelmaier, Philosophie, 60.

[2]) Проектъ Уст. Дисцип. разосланный въ 1885 г. Начальникамъ воен. окр. для разсмотрѣнія, ст. 1, мотивы.

отсутствіи точныхъ опредѣленій или неясности ихъ, вызываютъ нескончаемые споры, вредящіе дѣлу, и всетаки остаются неразрѣшенными, поселяя сомнѣнія и создавая произволъ. Достаточно указать на непрекращающіяся пререканія по вопросу объ обязательности незаконнаго приказанія начальника или по вопросу о выполненіи противорѣчивыхъ приказаній, исходящихъ отъ разныхъ начальниковъ. Не подлежитъ сомнѣнію, и въ дальнѣйшемъ изложеніи будетъ доказано, что вся трудность рѣшенія этихъ и подобныхъ вопросовъ зависитъ отъ крайней туманности основного понятія—воинской дисциплины. Это слово повторяется часто, какъ въ войсковой жизни, такъ и въ теоретическихъ и законодательныхъ работахъ, но ему придается до чрезвычайности разнообразное значеніе, что, само собой понятно, не можетъ способствовать ясности и безспорности выводовъ. Можетъ быть опредѣленіе этого понятія излишне въ законодательномъ сборникѣ; но научное изслѣдованіе вопросовъ военно-дисциплинарнаго и уголовнаго права, а какъ было только что указано, и разрѣшеніе нѣкоторыхъ важныхъ практическихъ вопросовъ — совершенно немыслимо безъ точнаго опредѣленія этого, повидимому, неуловимаго понятія.

Отождествленіе дисциплины и повиновенія, дѣлаемое законодательствами и писателями второй группы, какъ будто приближаетъ къ рѣшенію этой трудной задачи, но въ дѣйствительности оно не даетъ отвѣта на многіе запросы войсковой и военно-правовой жизни, оставляетъ въ сторонѣ требованія чинопочитанія и войскового порядка и съ логической точки зрѣнія является даже ошибочной. Обезпечиваетъ ли успѣхъ боевой дѣятельности войска—*требованіе* повиновенія и даже само *повиновеніе*, какъ фактъ? Для того чтобы то или другое явленіе внѣшняго міра, то или другое событіе не носило характера случайности, а могло быть вызвано во всякій данный моментъ по желанію человѣка, послѣдній долженъ найти причину этого явленія и, не только знать комбинацію производящихъ силъ, но и умѣть создать эту комбинацію, для достиженія опредѣленной цѣли, для полученія желаемаго результата. Повиновеніе начальнику, какъ фактъ, сколько бы разъ оно ни повторялось,

будетъ неизбѣжно лишь случайнымъ явленіемъ до тѣхъ поръ, пока мы не опредѣлимъ силъ, которыя, дѣйствуя по заранѣе установленной системѣ, вызываютъ, какъ причина, неизбѣжное и всегда тождественное послѣдствіе. Гдѣ же лежитъ причина повиновенія подчиненнаго начальнику? Цитированные законодательства и писатели не указываютъ этой причины; въ ихъ опредѣленіи повиновеніе есть слѣдствіе безъ причины, голый фактъ. Повиновеніе же даннаго лица и въ данный моментъ есть не болѣе какъ случайность, разъ оно не вытекаетъ изъ какихъ либо опредѣленныхъ и *постоянныхъ* причинъ, такъ какъ, при отсутствіи этихъ причинъ, при отсутствіи *постоянно* дѣйствующей силы, всякое новое приказаніе *можетъ* быть не исполнено. Успѣхъ же боевой дѣятельности войска и самое бытіе этого послѣдняго возможны только тогда, когда приказаніе (оставляю въ данномъ случаѣ въ сторонѣ элементъ законности) *не можетъ быть не исполнено*, также какъ не можетъ остаться неподвижнымъ вѣсомое тѣло, ничѣмъ не поддерживаемое. Другими словами, — войско будетъ тѣмъ, чѣмъ оно должно быть, т. е. покорнымъ орудіемъ въ рукахъ вождя, только тогда, когда повиновеніе будетъ не только фактомъ, но и послѣдствіемъ комбинаціи силъ, созданной тѣмъ же верховнымъ вождемъ. Повиновеніе не есть дисциплина и не можетъ быть ею, такъ какъ слѣдствіе не можетъ быть своей причиной. Позволяю себѣ утверждать, и докажу это впослѣдствіи, что дисциплина есть именно та комбинація силъ, которая вызываетъ во всякій моментъ и при всѣхъ условіяхъ, среди другихъ послѣдствій,—повиновеніе.

Нельзя согласиться также съ опредѣленіемъ воинской дисциплины, которое даетъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ въ своемъ сочиненіи «Военно-уголовное право». Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, признавая военной дисциплиной „совокупность условій, опредѣляющихъ взаимныя отношенія между подчиненными и начальниками“, не отрицаетъ формальности этого опредѣленія, но останавливается на немъ въ виду того, что, по его мнѣнію, понятіе воинской дисциплины въ рамки ограничительнаго опредѣленія не укладываются. Для сближенія даннаго опредѣленія съ дѣйствительностью профессоръ Кузь-

минъ-Караваевъ замѣняетъ затѣмъ въ немъ слово „условіе“, словомъ „законъ“. Эту поправку профессоръ Кузьминъ-Караваевъ признаетъ, однако, погрѣшностью съ теоретической точки зрѣнія, «потому что не законъ даетъ содержаніе понятію воинской дисциплины, а наоборотъ—дисциплина, какъ одно изъ условій военнаго быта, даетъ содержаніе военному закону».

Имѣя въ виду задачу военно-уголовнаго права — дать теоретическую, научную оцѣнку принциповъ военно-уголовнаго законодательства дѣйствующаго и установить начала de lege ferenda, опредѣленіе воинской дисциплины, данное профессоромъ Кузьминымъ-Караваевымъ, кромѣ признаннаго имъ самимъ недостатка, имѣетъ еще и тотъ, что оно не даетъ ключа, не указываетъ пути къ разрѣшенію многихъ вопросовъ военнаго быта и военнаго права.

Отношенія военнослужащихъ не исчерпываются началомъ подчиненности. Военный бытъ выдвигаетъ также вопросъ о взаимныхъ отношеніяхъ начальниковъ *между собой*, внѣ условій подчиненности, и подчиненныхъ *другъ къ другу*. Затѣмъ обязанности солдата могутъ приходить иногда въ столкновеніе съ обязанностями и правами общегражданскими (обязанности семейныя, право на спасеніе своего блага путемъ разрушенія чужого), законы же, опредѣляющіе отношенія между начальниками и подчиненными, не дадутъ въ этихъ случаяхъ никакого рѣшенія. Наконецъ, основное требованіе военной, боевой службы — принесеніе своей жизни въ жертву интересамъ, нерѣдко совершенно отвлеченнымъ, если верховный вождь требуетъ этой жертвы, — врядъ ли можетъ быть поставлено въ логическую связь съ нормами, разграничивающими права и обязанности начальниковъ и подчиненныхъ.

Далѣе, внесемъ сдѣланную профессоромъ Кузьминымъ-Караваевымъ поправку въ предложенную имъ формулу и разсмотримъ эту послѣднюю. Воинская дисциплина есть совокупность законовъ опредѣляющихъ взаимныя отношенія между начальниками и подчиненными. Но, вѣдь, совокупность законовъ есть не болѣе какъ объективное военное право, иначе сказать, дѣйствующее законодательство, по нашей терминологіи—Сводъ воен-

ныхъ постановленій въ связи съ невошедшими въ него уставами и инструкціями. Невозможно же поставить знакъ равенства между воинской дисциплиной и военнымъ законодательствомъ, хотя бы оно опредѣляло отношенія начальниковъ и подчиненныхъ. Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ признаетъ исходнымъ началомъ дисциплины этическій принципъ—чувство долга. Какимъ же образомъ нравственное начало можетъ быть уподобляемое началу формальному, чувство внутри человѣка лежащее и въ существѣ своемъ неизмѣнное,—совокупности безличныхъ, измѣнчивыхъ предписаній почти исключительно утилитарнаго характера? Чувство долга нерѣдко не совпадаетъ съ чувствомъ законности, а во многихъ случаяхъ это совпаденіе является даже логически невозможнымъ, такъ какъ первое опирается на нормы нравственныя, а второе—на нормы юридическія. Если мы признаемъ исходнымъ началомъ дисциплины *юридическій* принципъ —чувство законности, тогда равенство въ формулѣ профессора Кузьмина-Караваева будетъ возстановлено, но самая формула станетъ ошибочной, по соображеніямъ изложеннымъ выше въ отношеніи опредѣленій первой группы.

Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ утверждаетъ, что дисциплина, какъ одно изъ условій военнаго быта, даетъ содержаніе военному закону. Съ этимъ положеніемъ можно было бы до извѣстной степени согласиться, если разумѣть подъ военнымъ закономъ только законъ военно-уголовный. Но внѣ этого условія приведенное соображеніе находится даже въ противорѣчіи съ даннымъ опредѣленіемъ воинской дисциплины. Если эта послѣдняя есть совокупность законовъ, опредѣляющихъ отношенія между подчиненными и начальниками, то несомнѣнно, что она можетъ быть признана лишь общимъ выводомъ изъ тѣхъ опредѣленій, которыя даетъ законъ. Другими словами, законъ опредѣляетъ взаимныя отношенія начальниковъ и подчиненныхъ и на этихъ опредѣленіяхъ покоится дисциплина, самыя же отношенія получаютъ въ виду этого названія дисциплинарныхъ. Законъ опредѣляетъ, кто—начальникъ и кто—подчиненный; до появленія этого опредѣленія всѣ равны, никто никому не подчиненъ. Но разъ только законъ указалъ

начальника и подчиненнаго, между ними немедленно возникаютъ особыя отношенія, именуемыя дисциплинарными. Появленіе писаннаго военнаго права позднѣе возникновенія войска нисколько не опровергаетъ высказанной мысли, такъ какъ въ начальные моменты общественной жизни всѣ отношенія людей нормировались обычнымъ правомъ, не занесеннымъ въ законодательные сборники [1]. Идея же воинской дисциплины, хотя бы самая неопредѣленная, почти не сознаваемая, могла возникнуть лишь послѣ того, какъ явился *первый начальникъ*, т. е. лицо никому не подчиненное, а такимъ лицомъ можетъ быть только законодатель, держатель верховной власти. Онъ и опредѣлилъ отношеніе къ себѣ своихъ подвластныхъ [2].

Въ дальнѣйшемъ изложеніи своей мысли профессоръ Кузьминъ-Караваевъ не настаиваетъ на своемъ первомъ положеніи [3] и признаетъ, въ видахъ практической пользы, законъ—исходнымъ началомъ воинской дисциплины. Но полагаемъ, что послѣдняя конструкція, независимо отъ ея практическаго значенія, болѣе вѣрна.

Неудовлетворительность съ теоретической точки зрѣнія и неполнота въ практическомъ отношеніи приведенныхъ опредѣленій воинской дисциплины можетъ быть объяснена тѣмъ, что законодатели и изслѣдователи военнаго права останавливали свое вниманіе на какомъ либо одномъ изъ элементовъ дисциплинарныхъ отношеній, упуская изъ вида или не придавая значенія другимъ, хотя и дѣйствительно второстепеннымъ, но все же безусловно необходимымъ для цѣлостности понятія. Признаки законности, повиновенія, отношеній начальниковъ и подчиненныхъ, несомнѣнно, входятъ составными элементами въ существо воинской дисциплины, но они, какъ это было указано въ общихъ чертахъ, не исчерпываютъ вопроса, не даютъ полнаго понятія. Односторонняя же идея, положенная въ основаніе какого либо

---

[1]) Сравн. А. Эртель — примѣчаніе къ „Ученію о военномъ бытѣ“ Л. Штейна. стр. 459. № 47.

[2]) „Дисциплина опирается не на произволъ или силу, а только на законъ. Только законъ даетъ силу начальнику и дѣлаетъ повиновеніе достойнымъ. Внѣ закона нѣтъ дисциплины, такъ какъ тѣлу не достаетъ души“.—E. Huebert, Du rôle de l'armée p. 199.

[3]) Воен.-угол. право, стр. 41.

изслѣдованія, неизбѣжно приведетъ къ одностороннимъ, а не рѣдко и къ невѣрнымъ, выводамъ.

Дисциплинарныя отношенія по существу и содержанію своему не заключаютъ въ себѣ какихъ либо отвлеченныхъ, умозрительныхъ началъ, явившихся результатомъ логическихъ построеній. Воинская дисциплина есть не болѣе какъ общій выводъ изъ реальныхъ условій и требованій войсковой жизни вообще и боевой въ частности. Только изученіе быта войска и тѣхъ цѣлей, во имя которыхъ оно существуетъ, можетъ дать намъ матеріалъ для установленія понятія воинской дисциплины. Задача настоящей работы и ея основная тема вынуждаютъ ограничиться выясненіемъ понятія дисциплины только *воинской*, не касаясь дисциплинъ другихъ формъ общенія—семьи, школы, церкви и. т. д.

Достигшій извѣстнаго возраста гражданинъ, въ силу установленной закономъ обязанности, общей для всѣхъ или для ограниченнаго круга подданныхъ,—призывается въ ряды войска. Онъ принужденъ оставить свой домъ, семью, нерѣдко прекратить свои постоянныя занятія и порвать, хотя бы временно, установившіяся отношенія. Ставъ солдатомъ, онъ, силою обстоятельствъ и предъявляемыхъ ему требованій, вынужденъ отказаться отъ многихъ своихъ привычекъ и удобствъ жизни; свобода дѣйствій его стѣснена и жизнь вдвинута въ точно опредѣленныя рамки, равно обязательныя для всѣхъ, независимо отъ ихъ желаній, вкусовъ, развитія и образованія. Съ первыхъ дней службы солдатъ вступаетъ въ суровую школу военнаго дѣла, гдѣ все для него ново, многое непонятно; гдѣ организму приходится приспособляться, иногда путемъ физическихъ страданій, къ новымъ формамъ труда, а нравственному существу, въ большей или меньшей степени, проникаться чужими желаніями, покоряться чужой волѣ. Солдатъ долженъ независимо отъ своего душевнаго состоянія напрягать свое вниманіе, быть бодрымъ духомъ, сдержаннымъ въ проявленіи своихъ чувствъ; терпѣливо переносить лишенія. иногда безполезныя, — страданія, часто жестокія; приносить свой трудъ, способности, свою личность въ жертву чуждымъ ему интересамъ и, наконецъ, долженъ умѣть во всякій моментъ, съ холоднымъ разсчетомъ, съ

пользою для другихъ, отказаться отъ земной жизни. Тяжелый путь. Вынужденность или добровольность исполненія этихъ сложныхъ и трудныхъ обязанностей не вноситъ различія въ самое существо ихъ. Если не самоотреченіе, то самопожертвованіе — вотъ основное, предъявляемое къ солдату требованіе [1]).

Дѣйствія человѣка раздѣляются на сознательныя и безсознательныя, произвольныя и непроизвольныя. Какъ первыя, такъ и вторыя имѣютъ своей причиной тѣ раздраженія нервныхъ центровъ, которыя въ своемъ конечномъ результатѣ вызываютъ движеніе. Движеніе, непосредственно вызванное раздраженіемъ, внѣ участія какихъ либо задерживающихъ представленій, въ частности представленій о цѣли, получаетъ характеръ рефлекторнаго движенія, совершаемаго безъ участія сознанія. Какъ противоположность этому роду движеній наблюдается группа другихъ, при совершеніи которыхъ живое существо сознаетъ самое движеніе и имѣетъ представленіе о цѣли его. Внутреннее чувство (какъ результатъ предшествовавшихъ жизненныхъ опытовъ), возбужденное представленіемъ о цѣли, служитъ мотивомъ, движущей силой волевого дѣйствія, являющагося такимъ образомъ продуктомъ сознательной самодѣятельности. Эта послѣдняя, подчиняясь общему закону причинности, опредѣляется взаимодѣйствіемъ организма и окружающей его среды. Разнообразныя впечатлѣнія, воспринимаемыя лицомъ, вызываютъ у него рядъ психическихъ состояній, вступающихъ между собою какъ-бы въ борьбу, заканчивающуюся при нормальности всѣхъ прочихъ условій (при отсутствіи психическихъ болѣзней въ формѣ, напримѣръ, folie hésitante) побѣдой болѣе интенсивныхъ или большихъ по числу. Эта побѣда, выражаясь въ движеніи, знаменуетъ себя въ дѣйствіи человѣка. Зависимость этихъ дѣйствій отъ полученныхъ впечатлѣній создаетъ возможность: путемъ комбинаціи послѣднихъ, путемъ измѣненія окружающей человѣка обстановки какъ бы руководить дѣйствіями его, не вліяя непосредственно на его двигательные центры, т. е., не создавая

---

[1]) Les actions, la liberté, la vie du soldat ne lui appartiennent plus, говоритъ съ увлеченіемъ E. Hueber (Du rôle de l'armée dans l'état" p. 204).

изъ него автомата, способнаго на движенія низшей даже категоріи чѣмъ рефлекторныя, а лишь расширяя или суживая кругъ воздѣйствующихъ на его чувства силъ и указывая ему новыя цѣли. Вомowность такого воздѣйствія не подлежитъ сомнѣнію. Повторное вліяніе на человѣка той или другой силы, какъ источника впечатлѣній, оказывая однородное раздраженіе на периферическія окончанія нервовъ и на центральные двигательные центры, настолько приспособляетъ организмъ къ дѣйствію, являющемуся результатомъ данной комбинаціи психическихъ состояній, что оно, это дѣйствіе, проявляется во внѣшнемъ мірѣ при крайне ничтожномъ участіи сознанія. Наиболѣе элементарные примѣры такого рода движеній мы видимъ въ ходьбѣ взрослыхъ людей, въ механизмѣ игры опытнаго музыканта. Это состояніе человѣка извѣстно подъ названіемъ привычнаго, а дѣйствія, совершаемыя въ такомъ состояніи, разсматриваются какъ результатъ навыка, привычки. И въ этихъ дѣйствіяхъ невозможно отрицать участіе сознанія, хотя оно безусловно занимаетъ второстепенное мѣсто, опредѣляя лишь общее направленіе и характеръ движенія, а не слагающихъ его элементовъ. Въ другихъ случаяхъ, когда недостаточность предшествовавшихъ опытовъ не создала еще навыка къ извѣстнымъ дѣйствіямъ (съ нравственной точки зрѣнія—поступкамъ), бо̀льшая чуткость къ воспріятію даннаго впечатлѣнія и бо̀льшая отсюда легкость (меньшая борьба психическихъ состояній) совершенія извѣстнаго дѣйствія, может быть достигнута путемъ направленія сознанія на данный объектъ, путемъ самодѣятельно вызваннаго или искусственно созданнаго вниманія къ ожидаемымъ, будущимъ явленіямъ.

Резюмируя все только что изложенное, можно сказать, что дѣятельность человѣка есть результатъ взаимодѣйствія организма и окружающей среды; въ дѣятельность произвольную привходитъ участіе сознанія, которое, присоединяясь къ комбинаціямъ психическихъ состояній, явившихся результатомъ непосредственныхъ впечатлѣній, воздѣйствуетъ на силу мотивовъ, ослабляя значеніе тѣхъ, которые ставятъ препятствія къ достиженію желаемаго, и даетъ въ окончательномъ резуль-

татѣ рѣшеніе, умыселъ. Весь этотъ процессъ взаимнаго вліянія впечатлѣній и сознанія мы называемъ волевымъ, а способность къ сознательной самодѣятельности —волею[1]). Совокупность же той искусственно созданной окружающей человѣка обстановки, той комбинаціи воздѣйствующихъ на него силъ, которая можетъ устранить доступъ однихъ впечатлѣній и создать впечатлѣнія, а слѣдовательно, и мотивы новые, я признаю воспитаніемъ въ широкомъ смыслѣ слова [2]).

Жизненный опытъ доказываетъ намъ на каждомъ шагу, что человѣкъ, выросшій въ опредѣленной средѣ, усваиваетъ извѣстныя наклонности и нравственные принципы, пріобрѣтаетъ способности въ зависимости отъ тѣхъ естественныхъ или искусственныхъ жизненныхъ условій, среди которыхъ проходила его жизнь. Воспитаніе дѣтей выражается въ воздѣйствіи на ихъ познавательную способность тѣхъ или другихъ впечатлѣній, которыя, повторяясь многократно, опредѣляютъ, хотя бы до извѣстной степени, сознательную самодѣятельность дѣтей, ихъ волю. Въ первичной формѣ на образованіе мотивовъ (какъ представленій о цѣли) этой самодѣятельности могутъ вліять рѣшенія другихъ людей, т. е. чужая воля. Воздѣйствіе этой послѣдней, при нѣкоторыхъ условіяхъ, распространяется далеко за предѣлы дѣтской и вообще первичной духовной жизни и выражается въ подчиненіи своихъ рѣшеній, своей воли, авторитету другихъ, т. е. въ принятіи въ число мотивовъ дѣятельности рѣшеній тѣхъ лицъ, которыя по своимъ качествамъ съ особой силой вліяютъ на познавательную способность.

Ореолъ славы, окружающій данное лицо, его выдающіяся умственныя, а иногда физическія способности, высокое и почетное положеніе въ обществѣ, созданное его заслугами и индивидуальными качествами въ связи

---

[1]) Сравн. — профессоръ А. К. Вульфертъ, Лекціи по общ. ч. угол. права стр. 111—114.

[2]) Пособіями при разработкѣ изложенныхъ выводовъ служили: 1) „Очерки психологіи основанной на опытѣ“ Г. Гефдинга, въ частности гл. VII, стр. 333—371 „психологія воли“; 2) „Основанія психологіи“ Г. Спенсера, въ частности гл. IX, стр. 303—309 „Воля“, 3) „Физіологическая психологія“—Д-ра Т. Цигена, въ частности 14 лекція, стр. 182—186.

съ заслугами и славой его предковъ, благословеніе церкви, осѣняющее главу верховнаго вождя, — вотъ тѣ факторы, которые дѣйствуютъ на сознаніе и волю людей и вызываютъ въ нихъ чувства и представленія обязательности авторитетныхъ велѣній. Въ зависимости отъ условій жизни, склада ума, степени образованія и другихъ причинъ это чувство обязательности можетъ быть развито въ большей или меньшей степени, а иногда можетъ даже отсутствовать, если соотвѣтствующія этому чувству впечатлѣнія не достигали сознанія. Здѣсь открывается новая область для воспитательной дѣятельности, для созданія необходимыхъ впечатлѣній и развитія разумной, освѣщенной сознаніемъ, покорности волѣ другихъ.

Далѣе, мы знаемъ, что человѣкъ, живя въ обществѣ себѣ подобныхъ, не можетъ руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ исключительно личными желаніями, опредѣлять свою дѣятельность индивидуальной волей. Его цѣли и интересы неизбѣжно сталкиваются съ интересами другихъ и возникаетъ необходимость не только *разграниченія* интересовъ, но и *ограниченія* своихъ желаній. Нормы права выполняютъ первую задачу, принципы нравственности—вторую. Человѣкъ не рождается съ представленіями права, они усваиваются имъ изъ опыта жизни; нравственные принципы также вырабатываются соприкосновеніемъ съ людьми, воспитаніемъ въ широкомъ смыслѣ, т. е. не только икусственнымъ, но и естественнымъ

Воспитательная дѣятельность общества или отдѣльныхъ лицъ не создаетъ нравственный міръ человѣка, а лишь вліяетъ на тѣ врожденныя способности, на почвѣ которыхъ усваиваются представленія о добрѣ и злѣ, о должномъ и недолжномъ. Задача общества заключается въ указаніи нравственныхъ цѣлей, достиженіе которыхъ признается желательнымъ, и тѣхъ путей, которые ведутъ къ этимъ цѣлямъ, а также въ созданіи условій, благопріятствующихъ возникновенію чувства должнаго. Чувство долга подъ вліяніемъ разума обратится въ представленіе о нравственныхъ обязанностяхъ. Въ этомъ смыслѣ нравственность, какъ совокупность представленій о должномъ, есть продуктъ воспитанія.

Возвращаясь отъ этихъ общихъ соображенiй къ вопросу о службѣ солдата въ войскѣ, мы можемъ сказать, что эта служба требуетъ отъ него самопожертвованiя въ формѣ разумнаго, сознательнаго подчиненiя своей воли волѣ другихъ. Войско имѣетъ свои спецiальныя задачи и цѣли. Гражданинъ въ домашнемъ быту совершенно чуждъ этихъ цѣлей. Одно измѣненiе внѣшнихъ условiй жизни и оболочки не можетъ вызвать въ немъ стремленiя къ новымъ цѣлямъ. Необходимо особое воздѣйствiе на его сознанiе, для того чтобы онъ, не только усвоилъ тѣ задачи, къ разрѣшенiю которыхъ его призываетъ власть, но и слился съ ними, призналъ ихъ какъ бы своими, личными. Только при этомъ условiи его дѣятельность изъ области рефлекторной, болѣе того —автоматичной, перейдетъ въ сознательную, т. е. будетъ руководима разумной волей[1]). Но представленiе о цѣли есть лишь одно изъ условiй такой сознательной самодѣятельности. Другое необходимое условiе, для выполненiя дѣйствiя, цѣль котораго указывается инымъ лицомъ, заключается въ единствѣ мотивацiи, въ принятiи желанiй, въ общемъ смыслѣ—воли, другого въ число мотивовъ своей личной дѣятельности. Многотысячная армiя не могла бы выполнить самой элементарной задачи, если-бы составляющiе ее чины, при полномъ единствѣ цѣли ихъ дѣйствiй, руководились, каждый, своей личной, индивидуальной волей. Дѣйствiя ихъ неизбѣжно были-бы разрознены, многiя усилiя пропадали-бы безъ пользы и нерѣдко служили-бы помѣхой другъ другу. Войско есть единенiе въ томъ смыслѣ, что воли всѣхъ его членовъ объединяются въ волѣ верховнаго вождя, въ ней находятъ элементы своей сознательной самодѣятельности[2]).

---

[1]) „Дисциплина, сокрушающая личную волю, не есть дисциплина, ибо послѣдняя не что иное, какъ добровольное и сознательное отреченiе отъ личной воли. А для того, чтобы отказаться отъ воли, надо, прежде всего, чтобы она существовала“ (изъ „Солдатской памятки“ М. Драгомирова, для офицеровъ, стр. 6—мнѣнiе Эрцгерцога Iоанна Сальваторъ, высказанное въ „Вѣнской бесѣдѣ“).

[2]) Заслуживаютъ вниманiя слѣдующiя положенiя Австрiйскаго Dienst-Reglement, § 5, п. 21 и 22: „Die Bestimmung des Heeres, welche viele Tausende zu einem gemeinsamen und erhabenen Zwecke verbindet, erfordert Gemeingeist und Einigkeit sowohl in den einzelnen organischen Körpern, als in der Gesammtheit der bewaffneten Macht.

Der Gemeingeist wurzelt in dem Gefühle der Zusammengehörigkeit und in der Erkenntniss der Nothwendigkeit, das persönliche Interesse dem Wohle des Ganzen zu unterordnen“.

Бытіе войска мыслимо только *при сознательномъ подчиненіи каждымъ воиномъ своей воли—волѣ верховнаго вождя.* Это подчиненіе не имѣетъ ничего общаго со слѣпымъ, неразсуждающимъ повиновеніемъ. Болѣе того —оно разумѣетъ не повиновеніе только, въ тѣсномъ смыслѣ, а всѣ виды дѣятельности, всѣ формы проявленія *личной самодѣятельности.* Единство цѣли, единство мотивовъ и единство средствъ — обратятъ тысячи людей въ единаго гиганта.

Но такое подчиненіе воли, само по себѣ, какъ фактъ, не разрѣшаетъ еще вопроса въ полномъ его объемѣ. Не требуетъ особыхъ доказательствъ то положеніе, высказанное уже выше, что явленія внѣшняго міра, какъ результатъ человѣческой дѣятельности, только тогда утрачиваютъ характеръ случайныхъ и получаютъ свойство закономѣрныхъ („законъ"—не въ смыслѣ правой нормы, а какъ выраженіе дѣйствительно существующаго однообразія явленій) [1]), когда извѣстна комбинація силъ ихъ производящихъ и человѣкъ располагаетъ возможностью создать данную необходимую комбинацію. То подчиненіе воли, о которомъ было только что сказано, повторяясь многократно, не обезпечитъ бытія войскъ до тѣхъ поръ, пока оно, это подчиненіе, будетъ явленіемъ случайнымъ, т. е. пока не будетъ создана необходимая комбинація психическихъ силъ, способныхъ вызвать извѣстное дѣйствіе всегда и неизбѣжно. Созданія человѣка несовершенны: явленія, которыя онъ намѣренъ вызвать, могутъ иногда не послѣдовать, не потому, что созданная имъ комбинація силъ ошибочна, а лишь потому, что въ данномъ отдѣльномъ случаѣ привзошло новое условіе ему неизвѣстное или неустранимое. Но подобное исключеніе не ослабляетъ, однако, силы общаго правила. Въ чемъ же должна заключаться комбинація силъ, обезпечивающая наступленіе явленія, въ данномъ случаѣ—подчиненія воли?

Для рѣшенія этого вопроса возьмемъ примѣръ изъ міра физическаго. Человѣку свойственно слышать звуки; если, однако, между источникомъ звука и органомъ слуха окажется непроницаемая преграда, то

---

[1]) Коркуновъ, „Лекціи по общей теоріи права" 1898 г. стр. 59.

впечатлѣніе воспринято не будетъ; если же разрушенъ органъ слуха, то и при отсутствіи преграды получится тотъ же отрицательный результатъ. Въ первомъ случаѣ мы скажемъ, что человѣкъ не слышалъ, хотя вообще могъ, былъ способенъ слышать, во второмъ случаѣ—эта способность отсутствовала. Наблюдая множество людей, мы, не впадая въ логическую ошибку, можемъ сказать—люди способны слышать. Эта мысль будетъ имѣть тотъ смыслъ, что по общему правилу колебаніе воздуха вызываетъ въ органѣ слуха извѣстное раздраженіе, дающее въ своемъ конечномъ результатѣ впечатлѣніе звука. Другими словами—для воспринятія впечатлѣній, какъ для явленія не случайнаго, а постояннаго и всегда предполагаемаго, необходима *способность* къ этому воспріятію. Въ сферѣ явленій физіологическихъ и психологическихъ многія способности имѣютъ происхожденіе естественное, не находящееся въ зависимости отъ дѣйствій человѣка. Другія же, не будучи врожденными, требуютъ для своего возникновенія участія человѣка. А такъ какъ мы не имѣемъ никакихъ доказательствъ тому, что людямъ свойственно подчинять свою волю волѣ другихъ, то въ тѣхъ случаяхъ, когда это подчиненіе дѣлается необходимымъ для достиженія извѣстныхъ цѣлей, искусственное созданіе соотвѣтствующей способности дѣлается также неизбѣжнымъ. Для того, чтобы подчиненіе воли воина — волѣ верховнаго вождя могло бы быть явленіемъ всегда предполагаемымъ и, въ предѣлахъ возможности,—постояннымъ, необходимо создать *способность* къ такому подчиненію. Мы-же видѣли выше, что средствомъ воздѣйствія на физическое и нравственное существо человѣка служитъ воспитаніе, путемъ котораго организмъ приспособляется къ окружающимъ условіямъ и, подвергаясь повторному вліянію опредѣленныхъ заранѣе внѣшнихъ силъ, пріобрѣтаетъ способность къ извѣстнымъ движеніямъ внутреннимъ—психическимъ или внѣшнимъ—физическимъ. Одной изъ *задачъ* этого воспитанія должно быть *развитіе чувства долга*; одним изъ *средствъ*—*авторитетность*, вызывающая чувство уваженія, *лица воспитывающаго*; однимъ изъ *результатовъ*—*созданіе нравственныхъ навыковъ, привычекъ*.

Чувство долга и вытекающее отсюда сознаніе нравственныхъ обязанностей есть то одухотворяющее начало воспитанія, которое рѣзко отличаетъ его отъ «муштровки», дрессировки.

Для бытія войска необходима способность каждаго военнослужащаго сознательно подчинять свою волю — волѣ верховнаго вождя; средствомъ для созданія или развитія этой способности служитъ воинское воспитаніе. *Воинское воспитаніе, развивающее въ военнослужащемъ способность сознательно и во имя нравственной обязанности подчинять свою волю—волѣ верховнаго вождя*, есть основное условіе бытія войска, *есть воинская дисциплина* [1]).

Такое опредѣленіе дисциплины находитъ себѣ опору въ грамматическомъ значеніи этого слова. Discere значитъ учить, discipulus, disciple—ученикъ. По опредѣленію французской академіи, «discipline» равнозначуще instruction, éducation, règle de conduite, commune à tous ceux qui font partie d'un corps; «discipliner» соотвѣтствуетъ—former, habituer, assujettir à des règles convenues [2]). Затѣмъ, въ законодательствахъ австрійскомъ и швейцарскомъ мы находимъ если не тождественныя, то сходныя по мысли опредѣленія. Такъ австрійскій Dienst-Reglement, проводя различіе между понятіями субординаціи и дисциплины, опредѣляетъ первую какъ честное (достойное, edle), направленное къ общему благу, подчиненіе собственной воли—закону и приказанію (§ II, п. 62): основаніемъ-же дисциплины признаетъ воспитаніе солдата, приводящее его къ безусловному повиновенію, къ добросовѣстному сознанію долга и къ точному исполне-

---

[1]) Заслуживаетъ серьезнаго вниманія мысль (отвѣчающая по своему существу изложеннымъ соображеніямъ), выраженная въ нашемъ Св. Воен. Пост. 1859 г. въ отдѣлѣ, не имѣющемъ, повидимому, ничего общаго съ воинской дисциплиной. Приложеніе IX къ ст. 428, ч. III, кн. I, озаглавленное „Правила сохраненія здоровья солдатъ, или опытъ военно-медицинской полиціи“, содержитъ ст. 100, которая говоритъ: „тайна доведенія солдатъ до возможной степени совершенства въ военномъ дѣлѣ.... заключается въ искусствѣ управлять ихъ волею. Чтобы правильно управлять волею солдатъ, необходимо знать тѣ пружины, коими она приводится въ дѣйствіе, нужно знать ихъ способности душевныя и тѣлесныя, характеръ, нужно имѣть полную ихъ къ себѣ довѣренность“.

[2]) Dictionnaire de l'Académie Française, sixième édition, 1835, t. premier, p. 558.

нію службы (§ 16, п. 99) [1]. Швейцарскій Règlement de service въ § 10 говоритъ, что «дисциплина даетъ солдату силу подавить напряженіемъ воли всѣ личныя желанія, удовлетвореніе которыхъ не совмѣстно съ интересами войска».

Изъ числа военныхъ авторовъ, разсматривавшихъ данный вопросъ, французскій писатель I. Ambert въ своемъ трудѣ, озаглавленномъ «Soldat», говоритъ: „нѣтъ, вѣроятно, во французскомъ языкѣ выраженія, истинный смыслъ котораго искаженъ болѣе, чѣмъ смыслъ слова «discipline». По общему мнѣнію, дисциплина есть собраніе монастырскихъ и воинскихъ правилъ, опирающихся на строгія наказанія. Въ дисциплинѣ видятъ средство властвовать, а не совершенствовать“ (стр. 627). Воспитательное значеніе воинской дисциплины выдвигается авторомъ, какъ основное. „Pour instituer la discipline, il faut des disciples, à ces disciples il faut des maîtres, à ces maîtres une doctrine“ (стр. 635). Приводя мнѣніе одного французскаго маршала, который говоритъ, что два, три поколѣнія хорошихъ солдатъ едва достаточны, чтобы создать одного отличнаго офицера, авторъ поясняетъ, что въ основаніи этой мысли лежитъ соображеніе не о наслѣдственности, а о воспитаніи (стр. 644). Ближайшей цѣлью дисциплины авторъ признаетъ самопожертвованіе: „la discipline peut bien rappeler à ses disciples que son premier mot est sacrifice; sacrifice des volontés, sacrifice des intérêts, sacrifice des existences“... (стр. 645).

Генералъ Драгомировъ опредѣляетъ воинскую дисциплину какъ „совокупность всѣхъ нравственныхъ, умственныхъ и физическихъ навыковъ, нужныхъ для того, чтобы офицеры и солдаты всѣхъ степеней отвѣчали своему назначенію“.

„Но въ тѣсномъ смыслѣ, получившемъ право гражданства въ сознаніи большинства“, говоритъ далѣе генералъ Драгомировъ, „понятіе дисциплины относится преимущественно къ нравственнымъ навыкамъ—къ тому,

---

[1]) Нѣкоторое развитіе этихъ положеній—у Weisl „Das Heeres—Strafrecht“, стр. 75—76, примѣчаніе.

что въ послѣднее время принято называть воспитаніемъ офицера и солдата“ [1]).

Профессоръ Кузьминъ - Караваевъ высказываетъ мысль, до нѣкоторой степени также отвѣчающую данному выше опредѣленію дисциплины, но не дѣлаетъ окончательнаго изъ нея вывода. Признавъ, что «войско должно обладать способностью воспріятія и осуществленія опредѣленій единой воли», профессоръ Кузьминъ - Караваевъ говоритъ въ слѣдующей главѣ: «источникъ единой воли въ войскѣ — верховный его вождь. Дабы идея единой воли могла осуществиться, войско должно обладать способностью *воспріятія* ея проявленій — велѣній верховнаго вождя. Но одной способности воспріятія недостаточно: необходима еще способность проникновенія, необходимо, чтобы все войско... могло проникнуться велѣніями верховнаго вождя» [2]). Дѣйствительно, не подлежитъ сомнѣнію, что одного воспріятія недостаточно для всякой дѣятельности вообще. Воспринятое впечатлѣніе должно выразиться въ извѣстной активности, въ движеніи. Способность воспріятія велѣній верховнаго вождя, не опредѣляетъ еще направленія дѣятельности воина; но способность подчиненія (активное проявленіе воспріятія) своей воли — волѣ повелителя, даетъ результаты опредѣленные и положительные [3]).

II.

Воля верховнаго вождя находитъ себѣ выраженіе: въ юридическомъ законѣ, обнародованномъ установленнымъ порядкомъ, и въ повелѣніи, если власть законодательная и командная сосредоточены въ одномъ лицѣ, или же только въ повелѣніяхъ, ограниченныхъ въ своемъ правовомъ значеніи тѣмъ же закономъ, если такого объединенія власти нѣтъ. Неизбѣжность этого по-

---

[1]) „14 лѣтъ“ сборникъ статей. „Дисциплина, субординація, чинопочитаніе“, стр. 309.

[2]) Военно-уголовное право, часть общая, стр. 12 и 31.

[3]) „...воля... требуетъ обработки, не только для того, чтобы сломить пассивную и противодѣйствующую волю, но чтобы возбудить положительную и активную“,—„Солдатская памятка“ М. Драгомирова, для офицеровъ, стр. 6, мысль Эрцгерцога Сальваторъ.

слѣдняго условія очевидна, по крайней мѣрѣ при современномъ намъ строѣ государственной жизни, такъ какъ принципъ sub arma leges tacent немыслимъ въ правомѣрномъ государствѣ, въ которомъ войско есть лишь одно изъ его учрежденій служебнаго, а не автономнаго характера.

Законъ обращаетъ свои предписанія или ко всѣмъ гражданамъ безъ исключенія, въ томъ числѣ и къ военнослужащимъ, или же къ точно опредѣленному кругу лицъ, выдѣляемыхъ изъ общей массы гражданъ, въ большинствѣ случаевъ, по признаку профессіи, которой они себя посвятили. Но въ томъ или другомъ случаѣ воля законодателя достигаетъ непосредственно сознанія всѣхъ подданныхъ.

Какъ уже было сказано выше, законъ можетъ опредѣлить лишь организацію войска, но не боевую его службу на театрѣ военныхъ дѣйствій. Эти послѣднія не могутъ быть опредѣлены заранѣе въ своемъ направленіи и содержаніи. Въ бою войско управляется не закономъ, а повелѣніемъ.

Такимъ образомъ къ военнослужащему обращены предписанія общегражданскаго закона, закона спеціальнаго, военнаго и, наконецъ, повелѣнія главы государства или верховнаго вождя. Не требуетъ особаго доказательства то положеніе, что законодательство какъ общее, такъ и спеціальное не можетъ предвидѣть и разрѣшить всѣхъ случаевъ, которые встрѣтятся въ жизни народа и составляющихъ его группъ лицъ. Оно даетъ лишь общія, руководящія предписанія, поручая отдѣльнымъ лицамъ, выдѣлившимся изъ общей массы своими способностями, знаніемъ, заслугами и нравственнымъ достоинствомъ,—развитіе установленныхъ началъ и разрѣшеніе частныхъ случаевъ, согласно общему смыслу данныхъ предписаній и указаннымъ цѣлямъ. Выдвигается, во имя закона, группа лицъ повелѣвающихъ и отъ имени законодателя проводящихъ его волю среди гражданъ, обязываемыхъ тѣмъ же закономъ принимать велѣнія этихъ уполномоченныхъ властью лицъ въ число мотивовъ своей дѣятельности. Въ гражданскомъ быту такое отношеніе лицъ повелѣвающихъ и обязанныхъ повиновеніемъ возникаетъ лишь въ отдѣль-

ныхъ случаяхъ требованія извѣстныхъ дѣйствій въ пользу государства или частныхъ лицъ. Въ постоянныхъ же войскахъ самое положеніе воина, который не только можетъ быть призванъ *во всякій моментъ* къ дѣйствію оружіемъ противъ враговъ государства, но и исполняетъ непрерывный рядъ подготовительныхъ дѣйствій (обученіе техникѣ военнаго дѣла) и несетъ службу по охраненію порядка внутри государства, — это положеніе военнослужащаго создаетъ необходимость постоянныхъ отношеній повелѣвающихъ и исполняющихъ повелѣнія.

Затѣмъ, кромѣ только что указанной причины, вызывающей необходимость препорученія опредѣленной группѣ лицъ дѣйствій по толкованію и примѣненію закона и по выполненію вообще воли верховнаго вождя, жизненный опытъ, опытъ военныхъ дѣйствій, выдвигаетъ еще другую причину. Повелѣнія одного лица могутъ быть восприняты непосредственно не безграничнымъ числомъ лицъ. Верховный вождь, внѣ случаевъ обнародованія своихъ повелѣній, не имѣетъ возможности поставить каждаго исполнителя въ извѣстность о своей волѣ. Отсюда неизбѣжность существованія ряда лицъ, передающихъ эту волю опредѣленнымъ группамъ подвластныхъ.

Такимъ образомъ, въ войскѣ возникаетъ естественное раздѣленіе всѣхъ составляющихъ его членовъ на двѣ группы, по характеру ихъ дѣятельности: одна, охватывающая всю массу войска, — лицъ, подчиняющихъ свою волю волѣ верховнаго вождя, — *воиновъ*, другая, меньшая,—лицъ передающихъ эту волю другимъ и требующихъ подчиненія ей, — *начальниковъ*. Каждое изъ лицъ, входящихъ въ составъ послѣдней группы, можетъ требовать подчиненія не своей личной волѣ, а только волѣ верховнаго вождя, такъ какъ каждый начальникъ прежде всего обязанъ подчиненіемъ вождю: онъ во-первыхъ воинъ, а во-вторыхъ начальникъ.[1]) Личная воля

---

[1]) Этотъ принципъ въ примѣненіи къ взысканіямъ, налагаемымъ на подчиненныхъ, нашелъ себѣ очень своеобразную формулировку въ „Essai sur l'application de la discipline“ de Stirneman (1772 г.), гдѣ авторъ говоритъ: „le général doit.... s'ôter de l'idée que c'est lui qui puni, et se persuader à soi-même et aux autres, qu'il ne fait qu'administrer les loix militaires“ Chap. VIII, p. 118. (мнѣніе Морица Саксонскаго)

начальника, разумѣя подъ этой послѣдней самодѣятельность, въ число мотивовъ которой *не входитъ* выраженная воля вождя, и которая (самодѣятельность) вызывается, слѣдовательно, представленіями объ иныхъ цѣляхъ, такая воля не можетъ совпадать съ волею вождя. А разъ совпаденія нѣтъ, то нѣтъ и единенія, нѣтъ и войска[1])

Дисциплинированность воина, какъ результатъ воинскаго воспитанія, имѣющая указанную выше цѣль, находитъ себѣ выраженіе въ повиновеніи велѣніямъ верховнаго вождя, въ частности—предписаніямъ военнаго закона,[2]) и въ повиновеніи приказу начальниковъ, вытекающему изъ тѣхъ же повелѣній, въ частности—изъ предписаній военнаго закона. Выражаясь кратко, *воинъ обязанъ подчинять свою волю военному закону и законному приказанію.* Ограничительный признакъ закона— „военный" необходимъ въ данномъ случаѣ, такъ какъ повиновеніе закону общему не составляетъ спеціальной воинской, а является общегражданской обязанностью. Законность же приказаній начальника, напротивъ, не допускаетъ подобнаго ограниченія, такъ какъ приказаніе,

---

[1]) Заслуживаетъ вниманія взглядъ римлянъ на значеніе дѣйствій, совершенныхъ помимо приказа полководца: „противъ воли полководца будетъ преступно одержать даже самую рѣшительную побѣду надъ непріятелемъ" П. О. Бобровскій. „Военное право въ Россіи" ч. 2 вып. 1, стр. 183.

Та-же мысль находитъ себѣ мѣсто въ § 51 проекта „Устава военно-полицейскаго по сухопутному вѣдомству", дѣло Департамента Аудиторіатскаго, 1 отд. 1 ст. къ № 1, 1837—1860 г.

Одинъ анонимный французскій писатель XVIII в. въ своемъ трудѣ, озаглавленномъ „Dissertation sur la subordination", говоритъ: „субординацію можно опредѣлить какъ повиновеніе, которымъ обязаны всѣ подданные государства своимъ начальникамъ, уполномоченнымъ исполнять волю и повелѣнія главы государства. Такимъ образомъ, если подчиненные обязаны всегда повиноваться приказаніямъ своего начальника, этотъ послѣдній долженъ давать только такія приказанія, которыя соотвѣтствуютъ полученнымъ имъ отъ общаго вождя", (стр. 7).

[2]) Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ исключаетъ повиновеніе закону изъ сферы дисциплинарныхъ отношеній (стр. 61 „Воен. угол. пр., ч. общ.), но подобное ограничительное истолкованіе этихъ послѣднихъ врядъ-ли можно признать безспорнымъ. Приказъ начальника есть дѣйствіе производное: онъ обязателенъ ***только потому***, что находитъ себѣ основаніе въ законѣ, и субъектъ приказыванія является таковымъ ***только потому***, что законъ уполномочилъ его предъявлять къ другимъ требованія, вытекающія изъ предписаній того-же закона. Не подлежитъ сомнѣнію, что здѣсь разумѣется законъ воинскій, нормы, опредѣляющія организацію войска, а не общегражданскій.

опредѣляемое въ своемъ содержаніи волею верховнаго вождя, должно отвѣчать требованіямъ не только закона военнаго, но и закона общаго [1]).

Изъ требованія, предъявляемаго военнымъ бытомъ къ каждому военно-служащему, подчинять свою волю— велѣніямъ вождя и приказаніямъ начальниковъ, съ логической необходимостью вытекаетъ другое требованіе, являющееся развитіемъ перваго, — оказывать уваженіе личности начальника. Въ основаніи этого требованія лежитъ, съ одной стороны,—представленіе о начальникѣ, какъ о выразителѣ воли вождя, съ другой — реальная цѣль—обезпечить начальнику возможность приказывать.

Уваженіе къ верховному вождю, и отсюда естественная потребность выражать это чувство извѣстными внѣшними знаками, находитъ свое основаніе въ неразрывно связанныхъ съ представленіемъ о личности вождя качествахъ его нравственныхъ и физическихъ. Эти индивидуальныя качества, политическое могущество, созданное историческимъ ходомъ народной жизни, новые успѣхи личной дѣятельности, благословеніе церкви—всѣ эти факторы, помимо какихъ либо требованій, заставляли людей преклоняться передъ своими предводителями и съ полнымъ самоотреченіемъ повиноваться ихъ волѣ. Естественнымъ путемъ чувство уваженія къ вождю переносилось въ большей или меньшей степени на его избранниковъ и выразителей его желаній. Реальныя-же условія военнаго быта создали постепенно необходимость требованія этого уваженія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно не возникало самобытно. Но такъ какъ чувство уваженія, будучи однимъ изъ душевныхъ движеній, не поддается принудительному воздѣйствію внѣшнихъ силъ и не можетъ быть ими вызвано, какъ нѣчто нематеріальное, то человѣческое сознаніе, примирившись съ фактомъ, противъ котораго оно безсильно бороться, установило, однако, по соображеніямъ практической необходимости, безусловное требованіе — оказывать представителямъ власти, препорученной отъ верховнаго вождя, внѣшніе знаки уваженія, совершенно независимо

---

[1]) Понятіе законности приказаній наачльника будетъ разсмотрѣно ниже въ связи съ вопросомъ о невмѣненіи въ вину дѣяній, совершенныхъ въ силу приказа.

отъ дѣйствительно испытываемаго чувства уваженія къ личности этихъ представителей.[1])

Соображенія практической необходимости, о которыхъ было только что упомянуто, слѣдующія. Представители воли верховнаго вождя, начальники, могутъ выполнить свои функціи по передачѣ этой воли только тогда, когда какія либо внѣшнія силы не ставятъ этой дѣятельности препятствій. Не подлежитъ сомнѣнію, что однимъ изъ такихъ препятствій является насиліе надъ личностью начальника: насиліе лишаетъ его не только возможности потребовать повиновенія со стороны подчиненныхъ, но даже возможности передать имъ волю вождя. Вмѣстѣ съ тѣмъ насиліе надъ личностью есть наиболѣе грубая, элементарная форма дѣйствій, доказывающихъ неуваженіе къ объекту насилія. Переходя отъ насилія физическаго къ психическому, мы должны признать, что оно, если не въ равной съ первымъ, то, во всякомъ случаѣ, въ значительной степени, препятствуетъ сознательной самодѣятельности оскорбляемаго, возбуждая въ сознаніи его рядъ ощущеній и представленій, совершенно чуждыхъ основной цѣли его дѣйствій. Такимъ образомъ, говоря кратко, посягательство на нравственную личность начальника, оскорбленіе его въ той или другой формѣ, недопустимо въ войскѣ, *во имя бытія этого послѣдняго*.

Наряду съ *дѣйствіями*, оскорбляющими личное и служебное достоинство начальника, возможно представить себѣ *воздержаніе* отъ дѣйствій, въ коихъ выражается уваженіе, воздержаніе отъ условныхъ, установившихся вѣками тѣхъ или другихъ внѣшнихъ знаковъ *вниманія* къ личности человѣка вообще и начальника въ частности. Вліяніе этого бездѣйствія на лицъ, къ которымъ оно относится, во многихъ случаяхъ сходно съ вліяніемъ прямого оскорбленія.

Фактъ предъявленія къ военнослужащимъ требованія—оказывать начальнику внѣшнія знаки уваженія и логически вытекающій изъ этого требованія принципъ неприкосновенности личности начальника, будучи выраженіемъ воли верховнаго вождя, въ силу основного на-

---

[1]) Сравн. I. Ambert „Soldat", глава „Honneurs militaires" p. 131—132.

чала—подчиненія этой волѣ, создалъ рядъ обязательныхъ отношеній между приказывающими и повинующимися, отношеній, опредѣляемыхъ понятіемъ чинопочитанія.[1])

Этими двумя условіями: основнымъ—подчиненіемъ военнослужащими своей воли—волѣ верховнаго вождя, и производнымъ—чинопочитаніемъ, исчерпываются задачи воинской дисциплины, какъ воинскаго воспитанія.

Переходя теперь къ ближайшему разсмотрѣнію условій воинскаго воспитанія, необходимо признать, что законъ можетъ въ этомъ отношеніи установить лишь общіе принципы и указать цѣль этого воспитанія, оставляя широкій просторъ дѣятельности лицъ, призванныхъ къ выполненію трудной задачи — привить гражданину способность быть воиномъ.

Условія воспитанія могутъ быть раздѣлены на двѣ группы—внутреннихъ и внѣшнихъ, психическихъ и физическихъ. Первыя слагаются изъ всей совокупности тѣхъ качествъ воспитывающаго и воспитываемаго, которыя мы называемъ нравственными. Они не поддаются непосредственному наблюденію, опредѣленію и воздѣйствію и стоятъ внѣ сферы прямого вліянія человѣка. Мы судимъ о нихъ лишь по тѣмъ его дѣйствіямъ, которыя, по нашему предположенію, служатъ ихъ выраженіемъ. Общественная жизнь убѣждаетъ насъ, что соприкосновеніе людей между собой не остается безъ вліянія на ихъ нравственное существо, но отыскивая пути этого вліянія, мы можемъ указать съ увѣренностью только одинъ—примѣръ, какъ дѣйствіе активной стороны, и подраженіе, какъ реакція стороны пассивной. Другіе способы нравственнаго вліянія остаются гадательными. Такимъ образомъ задача воспитанія была бы почти неразрѣшима, если бы человѣчество не располагало средствами другой категоріи — физическими, которыя, воздѣйствуя непосредственно на органы воспріятія впечатлѣній, даютъ почти увѣренность въ наступленіи психическихъ состояній, являющихся, по указаніямъ опыта, слѣдствіемъ данной комбинаціи впечатлѣній.

---

[1]) Заслуживаетъ вниманія п. 41, § 6 Австрійскаго Dienst — Reglement, обязывающій подчиненнаго повиновеніемъ и почтеніемъ начальнику или старшему, находящемуся совмѣстно съ подчиненнымъ въ плѣну.

На первомъ мѣстѣ среди такихъ физическихъ, внѣшнихъ средствъ воспитанія, должно быть поставлено требованіе *порядка*, въ смыслѣ систематичности и ненарушимой послѣдовательности тѣхъ явленій внѣшняго міра, которыя способны вызвать необходимыя, въ цѣляхъ воспитанія, психическія состоянія [1]). Повторность впечатлѣній создаетъ привычки, а „привычка — вторая натура". Привычными же могутъ быть не только движенія физическія, но и состоянія психическія [2]), которыя возникаютъ немедленно при соотвѣтствующемъ впечатлѣніи, независимо отъ силы того внѣшняго раздраженія, которымъ оно вызвано [3]).

Нѣкоторыя военныя законодательства, не указывавая ближайшей цѣли, устанавливаютъ совершенно опредѣленно требованіе соблюденія порядка въ войсковой части: такъ мы находимъ это требованіе въ нашемъ дисциплинарномъ уставѣ, въ ст. I, во французскомъ уставѣ внутренней службы, гдѣ въ § 99 предписывается командиру взвода сохранять даже „неизмѣнный (invariadle) порядокъ".

Само собою разумѣется, что требованіе порядка въ войскѣ преслѣдуетъ и другую цѣль—онъ необходимъ для управленія и обученія войска, но воспитательное его значеніе, полагаю, надо поставить на первомъ мѣстѣ.

Военный законъ, какъ было сказано выше, опредѣляетъ организацію арміи. Такимъ образомъ онъ содержитъ правила комплектованія арміи, ея довольствія, размѣщенія, обученія, внутренняго порядка; онъ опредѣляетъ положеніе въ арміи каждаго изъ его членовъ, его права и обязанности. Вся совокупность этихъ организаціонныхъ, по существу своему техническихъ, въ тѣсномъ смыслѣ, нормъ составляетъ главнѣйшую по своей сложности и объему часть военнаго права. Но этими нормами содержаніе послѣдняго не исчерпывается. Мы видѣли, что военный бытъ создаетъ необходимость особаго военнаго воспитанія всѣхъ лицъ, входящихъ въ со-

---

[1]) Р. Гефдингъ „Очерки психологіи" стр. 355.

[2]) Сравн. § 17, п. 103 Австр. Dienst—Reglem., который считаетъ необходимымъ, чтобы сознаніе обязанности, соблюденіе порядка и точное исполненіе службы было бы привычкой военнослужащаго.

[3]) Г. Спенсеръ „Основанія психологіи" стр. 305—306.

ставъ войска, воспитанія, имѣющаго совершенно опредѣленныя цѣли, внѣ достиженія которыхъ немыслимо бытіе самого войска. Задачи этого воспитанія и обученія, съ одной стороны, и доказанная опытомъ невозможность единоличнаго командованія арміей, съ другой, вызвали естественное раздѣленіе составляющихъ войско лицъ на двѣ группы—начальниковъ и подчиненныхъ.

Отношенія между этими лицами, какъ и всѣ вообще отношенія въ войскѣ, должны быть опредѣлены и дѣйствительно опредѣляются закономъ.

Возможность нарушенія этихъ отношеній и недостаточность, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, указанныхъ выше воспитательныхъ мѣръ, создали съ давнихъ поръ необходимость болѣе энергичнаго воздѣйствія на волю военнослужащаго, воздѣйствія, имѣющаго, несомнѣнно, своей конечной цѣлью развитіе той же способности подчиненія личной воли— волѣ верховнаго вождя. Здѣсь разумѣются карательныя мѣры, примѣняемыя къ военнослужащимъ, дѣятельность которыхъ была опредѣлена мотивами или чуждыми цѣлямъ бытія войска, или даже противоположными этимъ цѣлямъ. Условія военнаго быта приводятъ къ убѣжденію, что карательныя мѣропріятія въ войскѣ охватываютъ значительно болѣе обширную область человѣческихъ дѣяній, по сравненію съ той областью этихъ послѣднихъ, которая можетъ подлежать воздѣйствію карательной власти въ гражданскомъ быту.

Общественная жизнь въ государствѣ требуетъ со стороны гражданъ, для мирнаго и нормальнаго своего теченія, лишь законности ихъ дѣйствій. Подчиненіе закону, въ смыслѣ воздержанія отъ дѣйствій запрещенныхъ и совершенія дѣйствій предписанныхъ, въ полной мѣрѣ исчерпываетъ общегражданскія обязанности и обезпечиваетъ обществу внутреннее благоденствіе. Войско же не можетъ существовать при условіи одной закономѣрности дѣйствій его членовъ: необходимъ нѣкоторый плюсъ, создаваемый воинскимъ воспитаніемъ, воинской дисциплиной [1]). Недостаточность для жизни войска одной за-

[1]) Сравн. Л. Штейнъ, Ученіе о военномъ бытѣ, стр. 221--223, гдѣ авторъ разграничиваетъ гражданское и военное повиновеніе. Въ другомъ случаѣ тотъ-же авторъ противополагаетъ военное повиновеніе—вѣроподданическому.

кономѣрности дѣйствій его чиновъ сдѣлается очевидной изъ слѣдующаго примѣра. Въ военное время, въ бурную, темную ночь, начальникъ посылаетъ подчиненнаго съ какимъ либо письменнымъ приказаніемъ за десятки верстъ, въ мѣстность, постоянно подвергающуюся нападеніямъ непріятеля. Подчиненный утомленъ долгимъ переходомъ и непогодой. Получивъ приказаніе онъ молча отправляется въ путь, т. е. повинуется безпрекословно, но проклинаетъ *въ душѣ* свою судьбу и своего начальника, и, только страшась наказанія, положеннаго за неповиновеніе, не рѣшается отказаться отъ порученія. Онъ охотно бѣжалъ бы съ театра военныхъ дѣйствій, но куда бѣжать:—впереди непріятель и смерть, сзади—судъ и наказаніе. Въ пути этотъ подчиненный попалъ въ засаду, устроенную непріятелемъ, пытался спастись бѣгствомъ, былъ пойманъ и взятъ въ плѣнъ, а находившееся при немъ приказаніе или донесеніе перешло въ руки непріятеля и открыло ему намѣренія начальника.

Другой подчиненный, получивъ такое же и при тѣхъ же условіяхъ порученіе, не остановился даже на мысли о непріятности и опасности пути, ни во внѣ, ни въ душѣ не осуждалъ начальника и не думалъ о возможности поплатиться жизнью при исполненіи своей служебной обязанности, а отправился въ путь съ сознаніемъ совершенной естественности подобнаго порученія и съ единственной цѣлью: наилучшимъ способомъ его выполнить. Онъ также встрѣтился съ непріятелемъ, попытался пробиться, убѣдился въ безполезности своихъ усилій и, *помня* о данномъ ему порученіи, которое должно было дойти только по назначенію, а *не могло*, по его понятіямъ, попасть въ руки врага, на глазахъ нападающихъ уничтожилъ совершенно данную ему бумагу, былъ взятъ въ плѣнъ и убитъ именно за то, что онъ лишилъ непріятеля возможности воспользоваться важнымъ документомъ.

Дѣйствія того и другого подчиненнаго вполнѣ закономѣрны. Первый безпрекословно исполнилъ приказаніе и не достигъ своего назначенія по причинамъ совершенно отъ него независѣвшимъ и непреодолимымъ. Его бѣгство не носило характера трусости, а имѣло цѣлью лишь спасти свою жизнь тогда, когда принесеніе ея въ жертву не требовалось службой. Закона онъ сво-

ими дѣйствіами не нарушилъ, но въ число мотивовъ своей сознательной самодѣятельности поставилъ не законъ, какъ велѣніе верховнаго вождя, а лишь желаніе избѣжать наказанія за отказъ повиноваться. Начальникъ указалъ подчиненному цѣль его дѣйствій и самодѣятельность послѣдняго, повидимому, опредѣлялась представленіемъ объ этой цѣли, но въ дѣйствительности было лишь случайное совпаденіе направленій: цѣль, указанная начальникомъ, лежала лишь на пути къ той цѣли, представленіе о которой опредѣлило дѣятельность подчиненнаго. Въ сознаніи его представленія о цѣляхъ, своей и начальника, стали въ зависимое другъ отъ друга отношеніе: исполнить приказаніе и *тѣмъ* избѣжать наказанія, угрожающаго за неповиновеніе. Выполненіе воли начальника, а слѣдовательно и верховнаго вождя, было *лишь средствомъ* огражденія *личныхъ интересовъ*. Эти послѣдніе не только отодвинули на второй планъ интересы войска, но поглотили ихъ всецѣло.

Мотивы, руководившіе дѣйствіями второго подчиненнаго, совершенно иные. Воля начальника была единственной силой, опредѣлявшей его самодѣятельность. Онъ не только пренебрегъ своими личными интересами, онъ забылъ о нихъ, они не существовали для него въ данный моментъ. Онъ могъ надѣяться, напримѣръ, сохранить свою жизнь, не уничтожая документа, но онъ не думалъ о своей жизни, а лишь о благѣ войска, о волѣ верховнаго вождя.

Задача воинской дисциплины—воспитать всѣхъ воиновъ такъ, какъ воспитанъ подчиненный во второмъ примѣрѣ. Гражданскій бытъ подобныхъ задачъ не ставитъ: требованіе закономѣрности дѣйствій — единственное, предъявляемое государствомъ къ своимъ подданнымъ. Отсюда вытекаетъ и различіе въ цѣляхъ и способахъ карательной дѣятельности въ гражданскомъ и военномъ быту, и различіе въ сферахъ вліянія власти на волю гражданина и гражданина-воина.

Наука уголнаго права, въ лицѣ многихъ ея представителей [1]), отказалась отъ предъявленія наказанію

---

[1]) Таганцевъ, Лекціи. вып. III, стр. 1060—1197; Вульфертъ, Лекціи, стр. 309—311; Сергѣевскій, Пособіе къ лекціямъ, стр. 112, 75, 84; Неклюдовъ, Конспектъ. стр. 89, § 41; Garraud, Traité, t. I. p. 76—78; Haus, Principes généraux p. 43—44, § 71 · 74.

спеціальныхъ задачъ—предупрежденія, устрашенія, исправленія и т. д. Являясь, по установившемуся, до извѣстной степени, въ настоящее время мнѣнію, съ одной стороны—слѣдствіемъ нарушенія общественнаго правопорядка, а съ другой—средствомъ поддержанія этого послѣдняго, наказаніе, опредѣлямое уголовнымъ закономъ, должно прежде всего удовлетворять этой ближайшей цѣли; другія же цѣли (устрашенія, исправленія) выдвигаются наукой лишь какъ желательныя, но второстепенныя. Государство, осуществляя свою карательную власть, должно прежде всего оградить строй общественной жизни и человѣческія отношенія отъ посягательствъ со стороны враждебныхъ обществу элементовъ и, затѣмъ, по возможности, возстановить нарушенный этими посягательствами правопорядокъ. Осуществляя эти задачи оно, по соображеніямъ полезности и гуманности, не можетъ отказаться отъ попытокъ воздѣйствовать на волю ослушниковъ закона и развить въ нихъ чуство законности и даже нравственности. Внѣ этихъ случаевъ борьбы съ преступностью, государственная власть не ставить себѣ, и не можетъ ставить, какихъ либо воспитательныхъ задачъ; она лишь создаетъ или стремится создать обстановку, условія общественной жизни, благопріятствующія воспитательной дѣятельности семьи, школы, церкви, тѣхъ или другихъ корпорацій. Другими словами, государственная власть стоитъ лишь какъ-бы на стражѣ, оберегая общественный организмъ отъ внѣшнихъ и внутреннихъ враговъ, но предоставляя ему развиваться самобытно.

Отношеніе государственной власти къ войску, какъ единенію, хотя и вызванному къ жизни естественными причинами, но созданному искусственно, не можетъ носить такого пассивнаго характера. Теорія общественнаго договора, какъ причины возникновенія государства, отжила свой вѣкъ. Строй государственной жизни слагается исторически и стоитъ внѣ вліянія отдѣльныхъ человѣческихъ усиліи. Войско же есть, по отношенію къ государству, лишь одно изъ его учрежденій, конечно зависимое въ своей организаціи отъ общихъ историческихъ причинъ но, во всякомъ случаѣ, возникшее не самобытно, а созданное и поддерживаемое искусственно. Это положеніе нисколько не противорѣчитъ высказанной ранѣе

мысли, что войско вызвано къ жизни борьбой людей за существованіе. Эта борьба есть причина необходимости войска, но не начало, опредѣляющее его организацію. Борьба требуетъ орудія; этимъ орудіемъ является войско, но приспособленность къ выполненію поставленной задачи и конструкція орудія не можетъ быть опредѣляема причиной борьбы, а лишь ея цѣлью. Искусственность же организаціи войска отражается и на задачахъ военно-уголовной репрессіи нарушеній войскового правопорядка.

Предъявляя къ гражданамъ требованіе—не нарушать законодательныхъ нормъ и не посягать на права общества и отдѣльныхъ лицъ, государственная власть можетъ лишь *желать*, чтобы закономѣрность дѣйствій гражданъ опредѣлялась нравственными причинами, въ частности альтруистическими побужденіями. Но далѣе такихъ пожеланій государственная власть идти не можетъ. Она не располагаетъ возможностью непосредственно вліяетъ на нравственное существо подвластныхъ и воспитывать ихъ не можетъ. Въ силу этихъ естественныхъ причинъ законъ игнорируетъ *поведеніе* гражданъ, всю совокупность ихъ каждодневныхъ поступковъ, отражающихъ въ себѣ внутреннія, душевныя движенія, склонности и мотивы дѣятельности, до тѣхъ поръ, пока отдѣльно взятые поступки не нарушатъ какихъ либо запретовъ.

Въ военномъ быту, напротивъ, общее поведеніе военнослужащихъ имѣетъ существеннѣйшее значеніе въ двоякомъ отношеніи. Во-первыхъ, при сплоченности войсковыхъ частей, вызываемой потребностями военной техники и условіями боя, и при постоянномъ соприкосновеніи воинскихъ чиновъ, поведеніе, поступки каждаго изъ нихъ отражаются несравненно ощутительнѣе на общемъ ходѣ войсковой жизни и благосостояніи окружающихъ, чѣмъ то имѣетъ мѣсто въ гражданскомъ быту. Во-вторыхъ, это общее поведеніе является средствомъ повѣрки примѣненныхъ къ военнослужащимъ воспитательныхъ мѣръ и *результатовъ*, достигнутыхъ воспитаніемъ. Цѣли военной дисциплины были указаны выше; поведеніе военнослужащаго есть одинъ изъ показателей достиженія этихъ цѣлей въ дѣйствительности. Наблюденіе за поведеніемъ лица даетъ возможность уста-

новить: какими мотивами опредѣляется его самодѣятельность—эгоистическими или альтруистическими, личной или общей пользы. Въ военномъ быту вопросъ о томъ: руководствуется ли данное лицо въ своей дѣятельности представленіями о личныхъ цѣляхъ, или же о тѣхъ, которыя ему указаны вождемъ, выдвигаются ли на первое мѣсто интересы личные или войсковые, этотъ вопросъ получаетъ особенное значеніе, такъ какъ въ зависимости отъ его разрѣшенія стоитъ отвѣтъ на другой вопросъ— быть или не быть войску. Тогда и только тогда гражданинъ будетъ воиномъ, а тысячи гражданъ—войскомъ, когда они достигнутъ способности жертвовать своими интересами—интересамъ войска, опредѣляемымъ волею верховнаго вождя.

Однимъ изъ средствъ для достиженія этихъ результатовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда другія воспитательныя мѣры оказались въ большей или меньшей мѣрѣ безуспѣшны, является наказаніе тѣхъ военнослужащихъ, которые своимъ поведеніемъ и своими отдѣльными поступками доказали, что *дѣятельность ихъ опредѣляется мотивами личными, а не волею вождя*; что при столкновеніи интересовъ личныхъ и войсковыхъ они стремятся удовлетворить первые въ ущербъ послѣднимъ. Такимъ образомъ воинское наказаніе, въ обширномъ смыслѣ, съ необходимостью должно преслѣдовать цѣли *воспитанія*, не говорю исправленія, но общаго воздѣйствія на сознаніе, а этимъ путемъ и на волю военнослужащихъ, угрозой и дѣйствительнымъ лишеніемъ личныхъ благъ [1]).

Исходя изъ этихъ положеній не представляетъ затрудненій опредѣлить по содержанію и формальнымъ признакамъ тѣ дѣянія военнослужащихъ, которыя подлежатъ наказанію въ военномъ быту, независимо отъ отвѣтственности обще-гражданской. Признакъ формальный этихъ дѣяній— нарушеніе запретовъ и невыполненіе обязанностей, установленныхъ нормами военнаго права. Другими словами, принимая опредѣленіе профессора Кузьмина-Караваева, допускаемое имъ какъ теоретическое, можно сказать, что воинскій проступокъ (въ общемъ

---

[1]) Того-же мнѣнія, о воспитательномъ значеніи воинскаго наказанія, держится, повидомому, профессоръ Абрамовичъ-Барановскій (Военное судопроизводство, 1900 г. стр. 6).

смыслѣ, внѣ подраздѣленія на преступленія, проступки и нарушенія) есть посягательство на норму военнаго права въ ея реальномъ бытіи [1]). Поскольку дѣянія военнослужащаго посягаютъ на нормы, опредѣляющія условія, задачи, средства и содержаніе войсковой дисциплины (какъ она опредѣлена выше), постольку эти дѣянія могутъ быть названы *проступками* (преступленіями) *дисциплинарными, независимо отъ тяжести наказанія.* Съ другой стороны, будучи нарушеніемъ нормъ военнаго права, эти дѣйствія должны быть признаны—проступками *воинскими.* Наряду съ нарушеніями только что указанными возможны нарушенія нормъ, не имѣющихъ непосредственной связи съ воинскимъ воспитаніемъ и правоотношеніями между начальниками и подчиненными, а именно—нормъ организаціонныхъ, опредѣляющихъ дѣятельность органовъ войскового управленія, ихъ полномочія [2]). Совокупность упомянутыхъ нормъ воинскаго воспитанія въ обширномъ смыслѣ, т. е. нормъ, опредѣляющихъ условія, задачи, средства, содержаніе этого воспитанія и, въ частности, карательныя мѣры и способы ихъ примѣненія, образуетъ собой дисциплинарное право войска, какъ часть права военнаго въ обширномъ смыслѣ. Изъ общей массы дѣяній наказуемыхъ, выдѣляются по формальнымъ признакамъ,—тяжести наказанія и держателей карательной власти, военно-уголовныя правонарушенія. По справедливому замѣчанію профессора Кузьмина-Караваева—принципіальнаго различія между уголовной и дисциплинарной отвѣтственностью въ военномъ правѣ не можетъ быть [3]). Всѣ попытки разграничить

---

[1]) Военно-уголовное право, часть общая, стр. 243; Таганцевъ-Курсъ, стр. 175.

[2]) Н. Неклюдовъ, „Преступленія государственныя и противъ личной свободы“ (лекціи) 1892 г., стр. 39; А. К. Вульфертъ, Лекціи по особ. ч. уг. пр., вып. 3-й стр. 2; фонъ Резонъ „Дисциплинарное право“ Журн. Гр. и Уг. Права, 1889 г. кн. VIII, стр. 4.

[3]) Воен. угол. пр., ч. общая стр. 110; того-же мнѣнія—Garraud, Traité théorique et pratique t. 4, § 1146, p. 5; фонъ Резонъ—указанное сочиненіе, Ж. Гр. и Уг. пр. 1889 г. кн. VIII, стр. 25. Послѣдній изъ названныхъ авторовъ не вполнѣ, впрочемъ, послѣдователенъ по этому вопросу, такъ какъ въ томъ-же трудѣ на стр. 4 онъ устанавливаетъ различіе между уголовнымъ служебнымъ проступкомъ и дисциплинарнымъ. См. также—Коркуновъ, Русское государственное право, т. II, вып. II, стр. 584—585; Бернеръ, Учебникъ уголовнаго права (въ пер. Неклюдова), ч. особ. т. II, стр. 291; Weisl, Das Heeres Strafrecht, s. 23—25; W. Brauer, Handbuch 8—9; E. Dangelmaier, Die Militär-Verbrechen und Vergechen, 5—6; K. Zappe

проступки дисциплинарные и уголовные, по существу ихъ, не привели ни къ какимъ положительнымъ и безспорнымъ выводамъ [1]).

Что же касается нарушеній нормъ организаціонныхъ, то дѣянія этой группы не заключаютъ въ себѣ ничего спеціально воинскаго. Имъ присущъ общій характеръ проступковъ по службѣ государственной, какъ злоупотребленій служебными полномочіями. Отнесеніе этихъ правонарушеній, по установившейся терминологіи, къ категоріи воинскихъ, можетъ быть объяснено исключительно тѣмъ обстоятельствомъ, что соотвѣтствующія нормы положительнаго права входятъ въ составъ военнаго законодательства. По соображеніямъ уголовной политики эти проступки по службѣ войсковой могутъ быть занесены въ кодексы военно-уголовные, но съ другой стороны, безъ всякаго ущерба для войска, они могутъ быть предусмотрѣны закономъ общеуголовнымъ въ отдѣлѣ о преступленіяхъ противъ порядка управленія и служебныхъ [2]).

По содержанію своему военно-дисциплинарныя, въ обширномъ смыслѣ, нарушенія суть *дѣянія военнослужащихъ, являющіяся результатомъ сознательной самодѣятельности, изъ числа мотивовъ которой сознательно исключена или изъ числа мотивовъ которой упущена воля верховнаго вождя*, выраженная въ повелѣніяхъ: 1) непосредственно обращенныхъ ко всѣмъ воинамъ во имя бытія самого войска (измѣна, побѣгъ, отчужденіе казеннаго оружія), 2) непосредственно обращенныхъ ко всѣмъ воинамъ въ цѣляхъ воинскаго воспитанія (безчиніе, пьянство, несоблюденіе формы одежды, отчужденіе казенной одежды, самовольныя отлучки), 3) обращенныхъ непосредственно ко всѣмъ начальникамъ, въ цѣляхъ того же

Grundzüge des Militär-Strafrechtes, 12—13; K. Hecker, Lehrbuch, 15—16. Противоположныя мнѣнія: Неѣловъ, Курсъ воен. угол. пр., ч. общая, стр. 28; F. Kleeman, System des militärischen Disciplinar-Strafrechtes, § 19, s. 18, § 35, s. 28.

[1]) Коркуновъ, Русск. госуд. пр. т. II, вып. II, § 70 стр. 560--584.

[2]) Указанная система нашла себѣ полное выраженіе въ Бельгійскомъ военно-уголовномъ кодексѣ (Codé pénal militaire 27 mai 1870); исключеніе составляетъ лишь art. 55.

Какъ опредѣляетъ art. 13 закона 20 іюля 1814 г., „tous les délits et toutes les transgressions... qui ne se rapportent pas exclusivement au service militaire“ отнесены къ общему уголовному законодательству.

воинскаго воспитанія, (превышеніе и бездѣйствіе власти, слабый надзоръ, дурное обращеніе съ подчиненными), 4) обращенныхъ къ подчиненнымъ черезъ посредство начальниковъ (неповиновеніе во всѣхъ его видахъ), 5) обращенныхъ непосредственно къ подчиненнымъ (оскорбленіе начальниковъ), 6) непосредственно обращенныхъ къ отдѣльнымъ группамъ военнослужащихъ, исполняющихъ особыя обязанности (преступленія караульной и конвойной службы) [1]. Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что принципіальнаго различія между правонарушеніями обще - уголовными и воинскими не существуетъ. Но *область дѣяній наказуемыхъ* въ гражданскомъ и военномъ быту, какъ увидимъ ниже, не совпадаетъ и не можетъ совпадать, въ виду самой цѣли бытія войска и опредѣляемыхъ этой цѣлью правъ, обязанностей и юридическихъ отношеній военнослужащихъ.

Примѣненіемъ наказаній къ лицамъ, нарушившимъ своей дѣятельностью установленный въ государствѣ правопорядокъ, не исчерпывается карательная дѣятельность государственной власти. Особыя свойства и опасность отдѣльныхъ противоправныхъ дѣйствій вынуждаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ органовъ власти прибѣгать къ мѣрамъ физическаго принужденія, имѣющимъ цѣлью—немедленно воздѣйствовать на непокорнаго и тѣмъ возстановить нормальныя условія общественной жизни.

Эти мѣры находятъ себѣ примѣненіе какъ въ гражданскомъ, такъ и въ военномъ быту, но въ послѣднемъ

---

[1]) Weisl, Das Heeres Strafrecht, s. 20 и A. Wilchelm, Commentaire, p. 74, § 1103, выдвигаютъ на первое мѣсто, при оцѣнкѣ воинскихъ преступныхъ дѣяній, ихъ вредоносность, ихъ послѣдствія, а не волевой элементъ дѣянія, а потому признаютъ возможнымъ карать проступки легкомысленные, но повлекшіе за собою вредныя послѣдствія, строже дѣяній умышленныхъ, но не имѣвшихъ вредныхъ вообще или столь вредныхъ послѣдствій. Въ виду того, что наличность или отсутствіе вредныхъ результатовъ нерѣдко совершенно не зависитъ отъ дѣятеля и они могутъ быть устранены силою обстоятельствъ совершенно случайныхъ, врядъ-ли можно согласиться съ изложеннымъ мнѣніемъ. Даже оставаясь на точкѣ зрѣнія указанныхъ авторовъ, необходимо признать, что дѣятельность умышленная создаетъ несравненно большую вѣроятность наступленія вредныхъ послѣдствій, такъ какъ предусмотрительный или настойчивый преступникъ устранитъ встрѣтившіяся препятствія. Я полагаю, что основной элементъ воинскихъ преступныхъ дѣяній есть отрицаніе, а затѣмъ пренебреженіе воли верховнаго вождя.

получаютъ совершенно особый характеръ, опредѣляющій и самое мѣсто ихъ въ военномъ законодательствѣ. Физическое принужденіе къ прекращенію противоправныхъ дѣйствій заключаетъ въ себѣ, несомнѣнно, карательный элементъ, такъ какъ лишаетъ правонарушителя тѣхъ или другихъ благъ или ограничиваетъ пользованіе ими. Но съ другой стороны оно существенно отличается отъ наказанія, какъ таковое понимается въ уголовномъ правѣ. Это принужденіе, во-первыхъ, совершенно неопредѣленно по своему содержанію и, во-вторыхъ, прекращаются съ момента возстановленія нарушеннаго порядка или изъявленія покорности лицомъ принуждаемымъ, тогда какъ наказаніе, опредѣляемое уголовнымъ закономъ, не находится въ зависимости отъ послѣднихъ двухъ условій. А потому, въ общемъ законодательствѣ эти мѣропріятія находятъ себѣ мѣсто въ законахъ административныхъ. Въ военномъ быту выдвигается какъ безусловно необходимое условіе бытія войска — покорность волѣ вождя, и воспитательная дѣятельность, направленная къ развитію соотвѣтствующей нравственной способности, пріобрѣтаетъ особенно важное значеніе. Въ тѣхъ случаяхъ, когда общія воспитальныя мѣры и даже угроза наказаніемъ не достигли своей цѣли и военнослужащій сознательно противопоставляетъ волѣ вождя или его представителей—свою волю, возникаетъ необходимость воздѣйствія уже не на волю непокорнаго, а на его тѣло, чтобы искусственно возстановить нарушенное равновѣсіе, такъ какъ двѣ самоопредѣляющія воли немыслимы въ войскѣ. Такова ближайшая цѣль физическаго принужденія непокорнаго; весьма вѣроятно однако, что оно можетъ достигнуть и дѣйствительно достигаетъ и другую цѣль, въ данномъ случаѣ второстепенную, но имѣющую, однако, важное для войска значеніе, а именно цѣль воспитательную. Непосредственное вліяніе на тѣло такой силы, противодѣйствіе которой будетъ очевидно безрезультатно, можетъ вызвать въ сознаніи человѣка представленіе о той цѣли, къ которой его направляетъ воздѣйствующая сила. Представленіе же объ этой цѣли, противопоставленное личному мотиву, и воспоминаніе о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя были созданы дѣятельностью, опредѣленною личнымъ моти-

вомъ, — *можетъ* вызвать [1]) новую, желательную, психическую комбинацію. Кромѣ того, это физическое принужденіе можетъ косвеннымъ путемъ, путемъ примѣра, повліять въ томъ же направленіи и на другихъ военнослужащихъ.

А потому нормы, опредѣляющія условія и цѣли физическаго принужденія непокорныхъ къ повиновенію, должны быть отнесены въ военномъ быту къ праву дисциплинарному, а не къ административному.

Резюмируя все изложенное мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ. Для бытія войска необходима способность сознательнаго подчиненія каждымъ воиномъ своей воли — волѣ верховнаго вождя. Средствомъ для достиженія этой цѣли служитъ воинское воспитаніе, воинская дисциплина. Условія, задачи, содержаніе и средства воинскаго воспитанія опредѣляются дисциплинарнымъ правомъ. Воинское наказаніе есть одно изъ воспитательныхъ средствъ; другимъ крайнимъ средствомъ является физическое принужденіе. Дѣятельность военнослужащаго, изъ числа мотивовъ которой сознательно исключена воля верховнаго вождя, выраженная въ повелѣніяхъ, обращенныхъ къ войску, является преступной и наказуемой. Внѣшній признакъ такой дѣятельности — преслѣдованіе личныхъ интересовъ въ ущербъ интересамъ войска (опредѣленнымъ волею вождя) или пренебреженіе этими послѣдними.

III.

Преступное дѣяніе, по содержанію своему, есть дѣйствіе человѣка, нарушающее установленный закономъ правопорядокъ. Въ объективномъ смыслѣ дѣяніе можетъ быть признано преступнымъ только при условіи существованія юридическаго закона, воспрещающаго это дѣяніе подъ угрозой наказанія за нарушеніе запрета. При отсутствіи такого запрета дѣяніе является правомѣрнымъ

---

[1]) Но не во всѣхъ случаяхъ вызываетъ. Въ этой неопредѣленности результатовъ и заключается, между прочимъ, причина неудовлетворительности воспитанія мѣрами принудительными, возведенными въ систему.

или юридически безразличнымъ. Но признакъ воспрещенности дѣянія подъ страхомъ наказанія недостаточенъ еще для признанія дѣянія преступнымъ въ субъективномъ смыслѣ. Законъ обращаетъ свои велѣнія только къ тѣмъ, кто *можетъ* ихъ воспринять и въ соотвѣтствіи съ этимъ воспріятіемъ опредѣлить свою самодѣятельность. Для преступности дѣянія, въ субъективномъ отношеніи, необходимо участіе сознанія и воли лица дѣйствующаго. Сознаніе самого дѣйствія и его воспрещенности, съ одной стороны, и опредѣленіе своей самодѣятельности представленіемъ о такой цѣли (мотивъ), достиженіе которой воспрещено закономъ, съ другой—образуетъ собой субъективную виновность лица по отношенію къ совершенному имъ нарушенію правопорядка. Другими словами, при наличности указанныхъ психическихъ состояній преступное въ объективномъ смыслѣ дѣяніе можетъ быть поставлено въ вину данному лицу. Виновность же лица обусловливаетъ собой его отвѣтственность и, по общему правилу, наказуемость. Отсутствіе же одного изъ условій субъективной виновности устраняетъ возможность вмѣнѣнія въ вину дѣянія и его послѣдствій.

Такимъ образомъ, область дѣяній, не подлежащихъ вмѣнѣнію, хотя и заключающихъ всѣ внѣшніе признаки наказуемыхъ правонарушеній, какъ они опредѣлены уголовнымъ закономъ, находится въ соотвѣтствіи съ областью дѣяній вмѣнимыхъ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ. Если посягательство имѣетъ непосредственнымъ объектомъ блага и интересы, не охраняемые уголовнымъ закономъ, если, во-вторыхъ, отсутствуетъ причинная связь между сознаніемъ и волей лица, съ одной стороны, и явленіями, вызванными его дѣйствіями, съ другой, и наконецъ, если лицо, по особымъ условіямъ, въ которыхъ оно находится, не можетъ принять законъ въ число мотивовъ своей дѣятельности, — то во всѣхъ этихъ случаяхъ, при общей вмѣняемости субъекта, дѣяніе невмѣнимо ему въ вину. Отсутствіе правовой охраны интереса, независимое отъ воли дѣйствующихъ лицъ, является такимъ образомъ объективной, и по существу своему—юридической, причиной невмѣненія въ вину дѣянія; противоправныя же дѣйствія лица, лишающія его

охраны закона, и психическія состоянія, выражающіяся въ отношеніяхъ сознанія и воли къ дѣйствію, создаютъ смѣшанныя, объективно-субъективныя или, по условіямъ своего возникновенія, фактическія причины невмѣненія. Это раздѣленіе, не имѣющее существеннаго значенія въ теоріи общаго уголовнаго права, значительно облегчаетъ разсмотрѣніе и разрѣшеніе вопроса о невмѣненіи въ вину дѣяніи въ военномъ быту.

Переходя къ опредѣленію причинъ невмѣненія въ общемъ уголовномъ правѣ, считаю необходимымъ оговориться, что детальное разсмотрѣніе ихъ не входитъ въ задачу настоящей работы и могло бы составить предметъ совершенно самостоятельнаго изслѣдованія. Въ дальнѣйшемъ изложеніи каждая изъ указанныхъ причинъ будетъ разсмотрѣна *лишь въ той мѣрѣ, въ какой это представляется необходимымъ для обоснованія положеній основной темы.*

Въ ряду причинъ юридическаго характера, устраняющихъ вмѣненіе въ вину, на первомъ мѣстѣ должно быть поставлено исполненіе закона и закономъ возложенной обязанности. Изъ понятія о преступномъ дѣяніи, какъ воспрещенномъ закономъ, съ логической необходимостью вытекаетъ, что дѣяніе дозволенное или предписанное закономъ не можетъ быть преступнымъ, хотя бы оно по своему содержанію, по своимъ внѣшнимъ проявленіямъ, соотвѣтствовало признакамъ тѣхъ или другихъ преступныхъ и наказуемыхъ посягательствъ. Лишеніе жизни себѣ подобныхъ во всѣ времена и во всѣхъ законодательствахъ признавалось дѣяніемъ воспрещеннымъ, преступнымъ и наказуемымъ. Но лишеніе жизни преступника, осужденнаго властью къ смертной казни, рукою палача, не создавало для послѣдняго отвѣтственности передъ закономъ, такъ какъ этотъ палачъ лишь исполнялъ требованіе закона, а не нарушалъ его. Лишеніе жизни врага или причиненіе ему тѣлесныхъ поврежденій въ бою не только не преступно съ точки зрѣнія закона, но даже обязательно. Воздержаніе или уклоненіе отъ обязанности, какъ отъ всякой установленной закономъ, выражая собой неповиновеніе этому послѣднему, получаетъ характеръ противоправнаго бездѣйствія, облагаемаго наказаніемъ и слѣдовательно пре-

ступнаго. Тоже самое можно сказать относительно лишенія свободы, имущества, причиненія физическаго страданія—разъ эти дѣйствія въ томъ или другомъ случаѣ предписаны закономъ и выполняются уполномоченными имъ лицами.

Въ непосредственной связи съ этой причиной невмѣненія должна быть поставлена другая, сходная по своему юридическому основанію, именно—осуществленіе лицомъ своего права. Субъективное право, какъ юридическая возможность совершать дѣйствія, направленныя къ осуществленію личныхъ интересовъ, возможность, обусловленная соотвѣтствующей обязанностью другихъ людей—не препятствовать этимъ дѣйствіямъ, опредѣляется въ своихъ границахъ правомъ объективнымъ, законодательными нормами. Опредѣляя эту возможность и предоставляя субъектамъ правъ пользоваться ею, законъ, дабы не противорѣчить самому себѣ, не можетъ объявить дѣйствія правомѣрныя—противозаконными и наказуемыми. То, что дозволено, не можетъ быть запрещено. Устанавливаемое закономъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ запрещеніе той или другой формы пользованія правомъ или распоряженія имъ, во имя общественныхъ или государственныхъ интересовъ, нисколько не нарушаетъ только что указаннаго принципа, такъ какъ подобное запрещеніе есть не болѣе какъ сближеніе предѣловъ, разграничивающихъ интересы людей, суженіе области права, а не запрещеніе дѣйствій, совершаемыхъ въ установленныхъ предѣлахъ.

Съ другой стороны необходимо признать, что право, будучи лишь охраняемой закономъ возможностью дѣйствовать, не можетъ быть нарушено самимъ субъектомъ его. Дѣйствія лица, совершенныя имъ во вредъ самому себѣ, не являются нарушеніемъ субъективнаго права, а лишь отреченіемъ отъ него. Если въ нѣкоторыхъ случаяхъ отреченіе отъ права разсматривается какъ дѣяніе воспрещенное и наказуемое, то въ дѣйствительности уголовный законъ караетъ здѣсь не отказъ отъ права, а не выполненіе должнаго.

Принципъ невмѣненія въ вину дѣяній, коими осуществляется субъективное право лица, требуетъ, однако, существенной оговорки въ отношеніи тѣхъ случаевъ,

когда это пользованіе правомъ сопровождается посягательствомъ на права третьихъ лицъ и нарушеніемъ этихъ правъ. Здѣсь возможны два случая: субъектъ, осуществляя свое право, лишь косвенно и въ силу естественнаго положенія вещей нарушаетъ право другого, или же онъ непосредственно посягаетъ на объекты, находящіеся внѣ его правовой сферы, для охраны или возстановленія своихъ правовыхъ интересовъ, коимъ угрожаетъ или можетъ угрожать опасность. Юридическая возможность дѣйствій, направленныхъ къ достиженію извѣстной полезной цѣли, дѣйствительнаго или предполагаемаго блага, имѣетъ для человѣка значеніе только при условіи реальной, фактической возможности достиженія преслѣдуемой цѣли. Отсутствіе этой послѣдней возможности уничтожаетъ самое значеніе права, обращаетъ его въ пустой звукъ, въ идею безъ содержанія. Поскольку эта возможность осуществленія права зависитъ отъ дѣйствій третьихъ лицъ, постольку эти послѣднія *обязываются* закономъ къ выполненію необходимыхъ дѣйствій или къ воздержанію отъ нихъ. Право немыслимо безъ соотвѣтствующей обязанности. Такимъ образомъ, первый изъ указанныхъ случаевъ опредѣляется въ своемъ юридическомъ значеніи на основаніи общихъ началъ права. Если я, дѣйствуя въ отмежеванной мнѣ закономъ области, осуществляю свое право и тѣмъ причиняю вредъ благамъ третьихъ лицъ, то дѣяніе мое нисколько не теряетъ значенія правомѣрнаго. Но возникаетъ вопросъ: какъ субъектъ права осуществитъ это послѣднее, если лицо обязанное, не взирая на предписаніе закона, не выполняетъ лежащей на немъ обязанности? Создается какъ бы необходимость примѣненія принудительныхъ мѣръ, вторженія въ правовую сферу обязаннаго лица. Кто же можетъ быть уполномоченъ на это вторженіе? Условія общественной и государственной жизни, нормируемыя, во имя общаго блага, закономъ, исходящимъ отъ верховной власти, дѣлаютъ несомнѣннымъ тотъ выводъ, что принужденіе третьихъ лицъ къ выполненію возложенныхъ на нихъ закономъ обязанностей можетъ быть предоставлено только органамъ власти. Вторженіе управомоченнаго частнаго лица въ сферу дѣятельности лица обязаннаго, есть граж-

данская война, не осуществленіе права, а лишь насиліе. Государственный бытъ, какъ форма принудительнаго, но правомѣрнаго властвованія, и самовластіе гражданъ — понятія, исключающія другъ друга. Положеніе это не возбуждаетъ сомнѣній по отношенію къ тѣмъ случаямъ, когда лицо заинтересованное имѣетъ возможность обратиться къ содѣйствію органовъ власти и, такимъ образомъ, достигнуть желаемаго и должнаго. Если же такой возможности нѣтъ, а дѣйствіе или бездѣйствіе третьяго лица угрожаетъ невознаградимымъ вредомъ? Долженъ ли субъектъ права покориться передъ возможностью совершенной утраты блага, или имѣетъ право выполнить функціи органовъ власти? Другими словами, будетъ ли его посягательство на правовую сферу третьяго лица противозаконнымъ или правомѣрнымъ? Если оно противозаконно, то, заключая въ себѣ всѣ признаки наказуемаго уголовнымъ закономъ посягательства на третьихъ лицъ, подлежитъ ли оно вмѣненію въ вину? Въ юридической литературѣ существуютъ по этому вопросу два мнѣнія. Haus[1]) признаетъ такія дѣйствія правомѣрными и ненаказуемыми, если они имѣли своимъ объектомъ имущественныя права лица обязаннаго, и—противозаконными и наказуемыми при посягательствахъ личныхъ. Въ послѣднемъ случаѣ вмѣняется въ вину лишь вредъ личности контрагента, имущественный же элементъ правонарушенія исключается изъ области вмѣненія. Titze[2]) идетъ значительно далѣе въ рѣшеніи этого вопроса и признаетъ правомѣрными всѣ формы посягательствъ на имущество и личность лица обязаннаго, если эти посягательства имѣютъ цѣлью осуществленіе права, которому угрожаетъ опасность, при невозможности ожидать содѣйствія власти. Необходимая оборона въ этихъ случаяхъ со стороны лица обязаннаго не допускается.[3])

Практика Правительствующаго Сената, по толкованію 142 ст. Уст. о нак. налаг. мир. суд., совпадаетъ

---

1) Principes généraux t. 1, p. 464—470.

2) Die Notstandsrechte s. 120—130.

3) Того-же мнѣнія держится Meyer—Lehrbuch, s. 274, ограничивая однако допускаемый вредъ самымъ неизбѣжнымъ, и Binding. Handbuch s. 788—791, по вопросу о правѣ обороны.

съ первымъ изъ приведенныхъ мнѣній (рѣшенія 1870 г. № 1507, 1873 г. № 557, 1871 г. № 767, 1874 г. № 198).

Сопоставляя вопросъ о вмѣненіи въ вину указанныхъ самоуправныхъ дѣйствій съ началами, опредѣляющими содержаніе и предѣлы необходимой обороны, при которой право защищается отъ *противозаконнаго посягательства*, будетъ, думается, болѣе послѣдовательнымъ ограничить право-самопомощи заинтересованнаго лица предѣлами *охраны* права до прибытія власти, не предоставляя лицу пользованія и распоряженія, хотя бы въ виду возможности иска объ убыткахъ со стороны лица, бывшаго обязаннымъ. Во всякомъ случаѣ рѣшеніе вопроса о правомѣрности подобной самопомощи, полагаю, должно находиться въ прямой зависимости отъ теоретическаго и законодательнаго опредѣленія предѣловъ необходимой обороны и, внѣ прямого указанія закона, самопомощь не можетъ быть признана причиной невмѣненія въ вину [1]).

Профессоръ Сергѣевскій относитъ къ группѣ дѣяній, коими осуществляются имущественныя права въ ущербъ жизни и здоровью третьихъ лицъ, и такія дѣянія, при которыхъ собственникъ не дозволяетъ пользованія принадлежащими ему благами лицамъ, находящимся въ состояніи крайней нужды [2]). При отсутствіи спеціальныхъ предписаній закона, осуществленіе въ этой формѣ имущественныхъ правъ, конечно, не можетъ быть признано преступнымъ, а слѣдовательно, и вмѣнимымъ. Если же разсматривать эти дѣянія какъ одинъ изъ видовъ наказуемаго неподанія помощи погибающему, то вмѣненіе ихъ въ вину должно быть слѣдствіемъ: признанія правомѣрными посягательствъ, совершенныхъ въ состояніи крайней нужды, съ одной стороны, и отрицанія права обороны противъ дѣйствій невмѣнимыхъ въ вину нападающему, при его общей вмѣняемости, съ другой.

Къ числу причинъ невмѣненія, юридическаго характера, относятся также обязательный приказъ лицъ, облеченныхъ властью приказывать, обращенный къ ли-

---

[1]) Сравн. Merkel. Lehrbuch—s. 161, § 50.

[2]) Русское угол. право, стр. 260.

цамъ, обязаннымъ повиновеніемъ. Значеніе приказа, какъ условія невмѣненія въ вину дѣяній, совершенныхъ въ его исполненіе, *всецѣло зависитъ отъ провозглашеннаго закономъ принципа безусловной или условной обязательности предписаній власти.* Требованіе дѣйствія или бездѣйствія въ формѣ приказа имѣетъ юридическое значеніе только постольку, поскольку этотъ приказъ находитъ себѣ основаніе въ законѣ. Законъ придаетъ требованію, исполненіе котораго зависѣло бы иначе отъ доброй воли лица, значеніе обязательности и онъ же обезпечиваетъ возможность принужденія неповинующагося. Внѣ опредѣленій закона приказъ можетъ быть разсматриваемъ какъ причина невмѣненія только тогда, когда онъ пріобрѣтаетъ значеніе психическаго принужденія, но въ этомъ случаѣ основанія невмѣненія совершенно иныя. Если приказаніе представителя власти по своей формѣ, въ связи съ зависимымъ отъ повелѣвающаго положеніемъ исполнителя, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ понизить присущую послѣднему способность къ сознательной самодѣятельности, то такіе факты въ правовомъ ихъ значеніи должны быть оцѣниваемы съ точки зрѣнія психическаго принужденія, а не вліянія приказа на виновность лица [1]). Это разграниченіе необходимо установить твердо: *основанія* невмѣненія въ вину дѣяній, совершенныхъ въ силу обязательнаго приказа, и—подъ вліяніемъ психическаго принужденія, не имѣютъ ничего общаго [2]). Дѣяніе исполнителя приказа не вмѣняется въ вину потому, что законъ установилъ обязательность повиновенія; здѣсь причина чисто правоваго свойства—въ дѣяніи отсутствуетъ элементъ противозаконности, такъ какъ предписанное закономъ не можетъ быть запрещеннымъ. При психическомъ же принужденіи, хотя бы въ формѣ велѣній авторитетнаго и властнаго лица, дѣяніе запрещенное не дѣлается дозволеннымъ; оно остается неправомѣрнымъ, но лишь не

---

[1]) См. Meyer, Lehrbuch, s. 273; F. van Calker, Die strafechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, s. 13—15.

[2]) Въ юридической литературѣ встрѣчается однако смѣшеніе этихъ понятій—см. Dalloz, Répertoire, t. XXXV p. 649, § 417; Chaveau et Hélie, Théorie du code pénal, t. 1 p. 272—279.; Лохвицкій, Курсъ—стр. 126., Trebutien, Cours élémentaire, t. 1 p. 132—133.

ставится въ вину дѣятелю въ виду того значенія, которое законъ придаетъ силамъ, угрожающимъ лицу опасностью или понижающимъ его способность къ самоопредѣленію и выбору между дозволеннымъ и запрещеннымъ. Въ первомъ случаѣ причина невмѣненія лежитъ въ законѣ, во второмъ—въ дѣятелѣ [1]).

Въ отношеніи приказа законодатель можетъ избрать одинъ изъ трехъ принциповъ: 1) обязать повиновеніемъ *всякому* приказанію уполномоченной власти, независимо отъ его формальной и матеріальной закономѣрности; при этомъ условіи, само собой разумѣется, о вмѣненіи въ вину повинующемуся совершенныхъ имъ дѣйствій не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ обязательность въ этихъ случаяхъ приказа будетъ равносильна обязательности закона; 2) ограничить обязательное значеніе приказа лишь формальными условіями (временемъ, мѣстомъ, порядкомъ передачи, внѣшней формой и проч.), наличность которыхъ также исключитъ возможность вмѣненія въ вину; 3) или же, сверхъ формальной закономѣрности, законъ можетъ признать условіемъ обязательности приказа — законность его содержанія; въ этомъ случаѣ вмѣненіе въ вину предписанныхъ властью и исполненныхъ дѣяній должно быть, по общему правилу, поставлено въ прямую зависимость отъ признанной конструкціи субъективной виновности. Участіе сознанія, въ смыслѣ юридической оцѣнки предписаннаго дѣянія, должно быть выдвинуто какъ основное условіе вмѣненія въ этихъ случаяхъ. Законъ можетъ требовать: сознанія запрещенности и наказуемости приказываемаго дѣянія, или одной запрещенности, или сознанія противорѣчія между предписаннымъ властью дѣйствіемъ и спеціальными обязанностями исполнителя, или только вредоносности, или безнравственности дѣйствія; но избраніе того или другого изъ этихъ условій не можетъ быть произвольнымъ. Если непремѣннымъ условіемъ вмѣненія въ вину признается сознаніе *противозаконности* вообще или *воспрещенности* и *наказуемости* дѣянія, то будетъ болѣе чѣмъ непослѣдовательно логически — предъявлять къ

---

[1]) Сравн. Розинъ „О крайней необходимости" стр. 182—185., K. Hecker—Lehrbuch, s. 89, § 11.

исполнителю приказа требованіе сознанія *вредоносности*, и наоборотъ. Конструкція понятія субъективной виновности есть лишь выводъ изъ установленнаго наукой соотношенія элементовъ нашей познавательной способности. Самобытная дѣятельность лица или зависимая отъ повелѣній другихъ можетъ быть различаема лишь по условіямъ возникновенія мотивовъ этой дѣятельности, но не по степени участія въ ней нашего сознанія. Законъ будетъ противорѣчить самому себѣ, если установитъ различныя условія вмѣненія въ вину. Дѣяніе безумнаго не подлежитъ вмѣненію, совершитъ ли онъ это дѣяніе по собственному побужденію или по приказанію другого. То же слѣдуетъ признать и относительно лицъ вмѣняемыхъ: если, для вмѣненія въ вину законъ требуетъ сознанія запрещенности дѣйствія, если, другими словами, законодатель признаетъ, что *только* при наличности такого сознанія лицо отвѣтственно за свои поступки, то предъявляя въ отношеніи повинующагося приказу иное требованіе, напримѣръ — сознаніе наказуемости, законодатель тѣмъ самымъ докажетъ несостоятельность или перваго, или второго условія.

Задача настоящей работы не позволяетъ останавливаться подробно на спорномъ и, до настоящаго времени, неразрѣшенномъ вопросѣ о томъ, какая форма юридической оцѣнки дѣянія сознаніемъ должна быть поставлена условіемъ вмѣненія. Въ литературѣ устанавливались крайне разнообразные въ этомъ отношеніи взгляды [1]).

Не беря на себя смѣлости разрѣшить этотъ вопросъ окончательно и безспорно, я нахожу возможнымъ установить слѣдующія положенія. Основная черта преступныхъ дѣяній заключается во вредоносности ихъ для государства, общества или частныхъ лицъ. Сверхъ категоріи дѣяній, непосредственно причиняющихъ вредъ, существуетъ не мало дѣяній, создающихъ возможность

---

[1]) Сравн. Таганцевъ, Лекціи т. II, стр. 657—662; Вульфертъ, Лекціи, стр. 178; Сергѣевскій, Русское угол. право, стр. 269. Вмѣненіе: Неклюдовъ, Конспектъ стр. 25—26 и 50; H. Meyer, Lehrbuch s. 160—162; Merkel, Lehrbuch s. 67; Haus t. I, Principes généraux, p. 204, § 283., § 430 § 559; M. Ortolan, Eléments p. 99—100, § 222 и p. 104—105 § 237; F. van Calker—Die strafrechtliche Verantwortlichkeit—s. 24.

воспослѣдованія вреда. Сознаніе вредоносности дѣяній дается людямъ путемъ жизненнаго опыта. Это сознаніе непосредственнаго вреда должно удерживать людей отъ дѣйствій, его вызывающихъ, въ силу принциповъ: нравственнаго — не дѣлай другому того, чего не желаешь испытать самъ, и принципа правового — осуществляй свое право, но исполняй свои обязанности и не нарушай правъ другихъ. Пренебреженіе этими принципами придаетъ дѣянію свойство безнравственнаго и безправнаго. Убійца, воръ, мошенникъ, совершенно независимо отъ ихъ интелектуальнаго развитія, не могутъ признавать свои дѣйствія полезными для ихъ жертвъ; болѣе того—не могутъ не сознавать, въ общемъ правилѣ, вредоносности своихъ дѣйствій. Отсутствіе этого сознанія возможно лишь у лицъ невмѣняемыхъ вообще или въ моментъ посягательства. Государство, карая дѣйствія непосредственно вредныя лицъ вмѣняемыхъ, можетъ и должно исходить изъ предположенія, приближающагося по своей достовѣрности къ факту, что люди способны сознавать этотъ вредъ. А отсюда слѣдуетъ, что для вмѣненія такихъ дѣйствій въ вину, нѣтъ необходимости требовать сознанія запрещенности дѣянія, а лишь сознанія его вредоносности, причемъ *отсутствіе* этого сознанія никогда не предполагается, а всегда должно быть доказано.

Дѣянія, создающія лишь возможность вреда, по самому существу ихъ, причиняютъ вредъ не во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, а лишь при извѣстныхъ условіяхъ, при той или другой неблагопріятной комбинаціи явленій. Запрещеніе такихъ дѣяній закономъ объясняется именно тѣмъ, что они *могутъ* быть вредны и опасны и дѣйствительно во многихъ случаяхъ причиняютъ вредъ государству, обществу или частнымъ лицамъ. Но съ точки зрѣнія дѣйствующаго лица, его поступки, взятые сами по себѣ, могутъ быть совершенно безвредными и даже юридически безразличными. Если же послѣдствія дѣянія докажутъ совершенную безвредность его *въ данномъ случаѣ*, то, повидимому, не будетъ никакихъ основаній для вмѣненія дѣянія въ вину и уголовной отвѣтственности, такъ какъ субъектъ дѣянія не желалъ причинять вреда и дѣйствительно не

причинилъ его. Государственная власть не можетъ, однако, ставить свои предписанія, ограждающія общіе интересы, въ зависимость отъ *случайной* безвредности дѣяній и, въ виду этой именно случайности, поставлена въ необходимость запрещать дѣянія вообще опасныя. При существованіи же такихъ запретовъ и *условной* вредоностности дѣйствій, субъективнымъ основаніемъ вмѣненія можетъ быть признано лишь сознаніе *запрещенности* дѣянія, а не вредоносности его, такъ какъ сознаніе послѣдней можетъ отсутствовать при полной вмѣняемости лица и полной нравственности и правомѣрности побужденій.

При предлагаемомъ нами рѣшеніи вопроса интересы государства и общества найдутъ себѣ полную защиту. Дѣяніе, *причинившее реальный вредъ* и относящееся къ категоріи *безусловно вредоносныхъ*, повлечетъ за собой кару уголовнаго закона, если субъектъ сознавалъ совершаемое и предвидѣлъ его послѣдствія, хотя и не вѣдалъ запрещенія закона; дѣянія же, создающія *опасность вреда*, при дѣйствительномъ его наступленіи должны быть вмѣнены въ вину, если субъектъ сознавалъ запрещенность ихъ, хотя и не предвидѣлъ послѣдствій; вмѣненіе должно имѣть мѣсто и въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушенъ сознательно запретъ закона, независимо отъ результатовъ дѣянія.

Возвращаясь теперь къ вопросу о значеніи приказа, какъ причины невмѣненія въ вину дѣяній, совершенныхъ во исполненіе его, можно придти къ слѣдующимъ выводамъ. *Если законъ признаетъ обязательнымъ для выполненія лишь приказъ законный по существу*, т. е. не предписывающій дѣйствій запрещенныхъ и наказуемыхъ, то при этомъ условіи *наличность приказа не оказываетъ никакого вліянія на вмѣненіе въ вину дѣяній*. Если приказывающій предписываетъ мнѣ совершить дѣяніе вредное для государства (и запрещенное закономъ) или только запрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія (въ виду возможности вреда) и я сознаю эту вредоносность или запрещенность, то дѣяніе должно быть вмѣнено мнѣ въ вину, хотя оно и было приказано. Если же этого сознанія не было, то вмѣненія нѣтъ, но не потому, что я повиновался власти, а потому, что отсут-

ствовалъ одинъ изъ элементовъ субъективной виновности[1]). Только что высказанное положеніе допускаетъ, однако, исключенія, о которыхъ будетъ сказано ниже, при разсмотрѣніи приказа какъ причины невмѣненія въ военномъ быту.

Такимъ образомъ приказъ можетъ быть разсматриваемъ какъ причина невмѣненія въ уголовномъ правѣ *лишь при томъ условіи, если обязательность его поставлена закономъ въ зависимость не отъ матеріальной, а лишь отъ формальной закономѣрности.* Рѣшеніе же вопроса о томъ: какой изъ этихъ двухъ принциповъ слѣдуетъ выдвинуть какъ основной или единственный, обусловливается сферой дѣятельности приказывающаго и повинующагося и соображеніями внутренней, въ частности уголовной, политики.

Дозволеніе органовъ власти на совершеніе дѣяній, воспрещенныхъ закономъ подъ страхомъ наказанія, не можетъ быть отнесено къ числу причинъ невмѣненія въ вину, такъ такъ велѣніе закона можетъ быть отмѣнено лишь закономъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда преступность дѣянія зависитъ отъ наличности запрещеній уполномоченной власти, само собой разумѣется, что отсутствіе запретовъ со стороны послѣдней или дозволеніе ея устраняетъ отвѣтственность лица, но лишь потому, что въ совершенномъ дѣяніи не заключается установленнаго закономъ состава преступленія. Другими словами, при данномъ условіи, дѣяніе не запрещено закономъ, а слѣдовательно и не наказуемо[2]).

Въ томъ же смыслѣ долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ о вліяніи на виновность лица согласія потерпѣвшаго. Если преступность дѣянія зависитъ отъ отсутствія согласія со стороны субъекта нарушаемаго права, то наличность этого согласія устраняетъ одинъ изъ элементовъ состава преступленія и придаетъ дѣянію значеніе

---

[1]) Сравн. А. Вульфертъ, Лекціи, стр. 153 — 154, Haus, Principes, p. 438 — 439, § 568 — 569.

[2]) A. Blanche, присоединяясь къ практикѣ французскихъ судовъ, отрицаетъ даже право должностныхъ лицъ разрѣшать въ отдѣльныхъ случаяхъ дѣйствія, запрещенныя не закономъ, а общими распоряженіями тѣхъ-же представителей власти, и признаетъ такое дозволеніе не вліяющимъ на отвѣтственность виновнаго лица (Etudes pratiques, t. II, p. 360 § 255).

правомѣрнаго [1]). Если для состава преступленія кражи законъ требуетъ тайнаго взятія съ цѣлью присвоенія чужого движимаго имущества, то отсутствіе одного изъ указанныхъ признаковъ устранитъ возможность признать кражу въ дѣяніи, заключающемъ въ себѣ остальные признаки. Согласіе собственника имущества устранитъ признакъ тайности и дѣяніе пріобрѣтетъ значеніе гражданско-правовой сдѣлки въ той или другой ея формѣ. Говорить въ этихъ случаяхъ о невмѣненіи въ вину дѣянія, запрещеннаго по своему содержанію подъ страхомъ наказанія, представляется невозможнымъ, такъ какъ въ дѣяніи отсутствуютъ внѣшніе признаки преступленія. Значеніе же причинъ невмѣненія заключается въ томъ, что онѣ устраняютъ возможность поставить въ вину дѣяніе, отвѣчающее вполнѣ по своему содержанію составу того или другого опредѣленнаго въ законѣ наказуемаго правонарушенія Дѣйствіе палача, лишающаго жизни приговореннаго надлежащей властью къ смертной казни, не вмѣняется ему въ вину потому, что это дѣйствіе предписано закономъ, хотя оно заключаетъ всѣ внѣшніе признаки наказуемаго убійства. Если же законъ установитъ, что лишеніе человѣка жизни признается преступнымъ только тогда, когда оно совершено противъ воли убитаго, то согласіе этого послѣдняго устранитъ одинъ изъ элементовъ состава преступленія и дѣяніе обратится въ юридически безразличное. Законодательство и наука уголовнаго права могутъ расширить или сузить область дѣяній, въ составъ которыхъ внесенъ признакъ отсутствія согласія заинтересованнаго субъекта, но та или другая постановка этого вопроса не внесетъ принципіальнаго различія въ его разрѣшеніе. Законъ вообще и уголовный законъ въ частности охраняетъ интересы или общественные, или частные. Отказъ лица отъ установленной закономъ охраны общественныхъ интересовъ или, хотя и частныхъ, но нормируемыхъ во имя общей пользы, — такой отказъ не можетъ имѣть юридическаго значенія. Если же законъ устанавливаетъ

---

[1]) Haus, Principes généraux t. I p. 470—473. § 605 — 608; Garraud, Traité théorique t. I p. 568 § 296; Meyer, Lehrbuch s. 266—267. Къ тѣмъже (по своимъ результатамъ) выводамъ приходитъ A. Merkel, Lehrbuch, s. 167—168, p. 3.

свои запреты, имѣя въ виду только права и интересы отдѣльнаго лица, то само собой разумѣется, что отреченіе отъ нихъ является вполнѣ закономѣрнымъ и, слѣдовательно, можетъ вызвать лишь гражданско-правовыя последствія, но не уголовныя.

Возвращаясь къ установленному выше раздѣленію причинъ невмѣненія на юридическія и фактическія и резюмируя все сказанное до симъ поръ, полагаемъ, что къ числу первыхъ должны быть отнесены: исполненіе закона и закономъ установленной обязанности, осуществленіе права и обязательный для выполненія приказъ, съ указанными ограниченіями. Основная черта этихъ причинъ невмѣненія заключается въ ихъ объективности. Дѣятель и его субъективная виновность не имѣютъ въ этихъ случаяхъ никакого значенія [1]). При всѣхъ внѣшнихъ признакахъ преступнаго дѣянія, какъ оно опредѣлено по содержанію уголовнымъ закономъ, это дѣяніе не можетъ быть поставлено въ вину въ юридическомъ смыслѣ, такъ какъ отсутствуютъ объективныя условія преступности, такъ какъ дѣяніе правомѣрно. Вмѣстѣ съ тѣмъ правомѣрность эта совершенно не стоитъ въ зависимости отъ фактической обстановки дѣянія, а обусловливается исключительно предписаніями закона.

Вторая же группа причинъ невмѣненія находитъ себѣ основаніе въ фактическихъ условіяхъ дѣянія, въ силу которыхъ законъ признаетъ его правомѣрнымъ или только непреступнымъ, хотя оно по содержанію своему соотвѣтствуетъ тому или другому наказуемому правонарушенію. Указанныя фактическія условія дѣянія или лишаютъ правовой охраны извѣстное благо, но не вслѣдствіе предустановленныхъ велѣній закона, а вслѣдствіе особаго отношенія, возникшаго *вопреки закона*, между дѣятелемъ и объектомъ посягательства, или же устра-

---

[1]) Во избѣжаніе недоразумѣнія напоминаемъ, что, при требованіи формальной и матеріальной закономѣрности приказа, предписанное дѣяніе не будетъ подлежать вмѣненію лишь при отсутствіи одного изъ элементовъ субъективной виновности, т. е., другими словами, приказъ не окажетъ вліянія на невмѣнимость дѣянія; если-же единственнымъ условіемъ обязательности приказа законъ признаетъ его форму, то субъекивная виновность утратитъ свое юридическое значеніе. Поэтому, разсматривая приказъ какъ причину невмѣненія юридическаго характера, мы и говоримъ, что субъективную виновность можно игнорировать.

няютъ одинъ изъ элементовъ субъективной виновности и тѣмъ, не создавая правомѣрности дѣянія, исключаютъ возможность поставить его въ вину дѣятелю.

Юридическая оцѣнка причинъ, устраняющихъ вмѣненіе, крайне разнообразна въ литературѣ, какъ въ смыслѣ значенія, придаваемаго имъ, такъ и въ обоснованіи и конструкціи ихъ [1]). Большинство изслѣдователей склоняются, однако, въ пользу того мнѣнія, что къ причинамъ невмѣненія, сверхъ указанныхъ, должны быть отнесены: необходимая оборона, крайняя необходимость, психическое принужденіе, разсматриваемое нѣкоторыми авторами какъ самостоятельная причина, физическое принужденіе, ошибка или невѣденіе и случай.

Необходимая оборона, по существу своему, есть одинъ изъ видовъ защиты личности человѣка и его правъ отъ недозволенныхъ закономъ посягательствъ. Условія общественной жизни, при самой тщательной регламентаціи ихъ государственной властью, не устраняютъ возможности, во-первыхъ, противоправныхъ дѣйствій со стороны лицъ, не желающихъ или не могущихъ принять

---

[1]) Ortolan, Eléments de droit pénal, относитъ принужденіе и крайнюю необходимость къ числу субъективныхъ причинъ невмѣненія, не создающихъ правомѣрности дѣянія—p. 141—145 и 222; Trebutien, Cours, говоритъ не о невмѣненіи, а о ненаказуемости и не разграничиваетъ причинъ невмѣняемости лица и причинъ невмѣненія дѣянія въ вину: приказъ относитъ къ психическому принужденію и, повидимому, признаетъ необходимую оборону видомъ крайней необходимости—t. I p. 108—156; Haus, Principes относитъ къ причинамъ, устраняющимъ преступность дѣянія, предписаніе закона, приказъ и необходимую оборону, выдѣляя въ группу субъективныхъ причинъ невмѣненія—принужденіе и ошибку; раздѣляетъ причины на объективныя и субъективныя и причисляетъ къ послѣднимъ и причины невмѣняемости—t. I p. 430—516; Dalloz, Répertoire, приводитъ мнѣніе докладчика въ законодательномъ корпусѣ, Monseignat, который относитъ къ crime justifié — велѣніе закона и власти, необходимую оборону и несчастный случай, t. XIV, p. 575 § 48; самъ авторъ разсматриваетъ приказъ какъ психическое принужденіе—t. XXXV, p. 649 § 417; P. Moriaud, Du délit nécessaire, признаетъ дѣйствіе въ состояніи необходимости юридически безразличнымъ (ni juste ni injuste) p. 277; Таганцевъ, Лекціи т. II, различаетъ юридическія и фактическія причины, устраняющія правовую охрану интереса (необходимая оборона и крайняя необходимость) и выдѣляетъ изъ числа причинъ, устраняющихъ преступность дѣянія—согласіе потерпѣвшаго, § 3, стр. 512—618; А. Вульфертъ, Лекціи, относитъ согласіе потерпѣвшаго къ числу причинъ, лишающихъ посягательство противоправнаго характера, стр, 148—171; Н. Сергѣевскій, Русское угол. право, исключаетъ изъ только что указанной группы—исполненіе приказа и крайнюю необходимость—стр. 255—263 и 282—291; по послѣднему вопросу съ нимъ согласенъ Н. Розинъ, „О крайней необходимости“, вообще раздѣляющій взгляды только что названнаго крими-

законъ юридическій въ число мотивовъ своей дѣятельности, и во-вторыхъ, разрушительнаго вліянія физическихъ силъ, не подлежащихъ правовой оцѣнкѣ. Вредныя послѣдствія, возникающія въ томъ и другомъ случаѣ, вынуждаютъ государственную власть и каждаго гражданина къ принятію мѣръ предупредительныхъ, съ одной стороны, и защитительныхъ, съ другой. Мѣры предупредительныя имѣютъ цѣлью воспрепятствовать возникновенію опасныхъ явленій; мѣры же защитительныя устраняютъ, въ большей или меньшей степени, вредныя послѣдствія въ тѣхъ случаяхъ, когда, несмотря на первую группу мѣръ, опасное явленіе всетаки возникло. Въ видѣ элементарнаго примѣра укажемъ на дѣятельность органовъ власти, чиновъ полиціи, главнѣйшая обязанность которыхъ заключается въ предупрежденіи, въ предѣлахъ возможнаго, противоправныхъ и вообще опасныхъ дѣйствій. Но такъ какъ жизненный опытъ доказалъ недостаточность этой предупредительной дѣятельности, то каждый гражданинъ принимаетъ самостоятельно мѣры, препятствующія наступленію вреда, какъ бы въ дополненіе къ мѣропріятіямъ власти. Такъ, желая оградить неприкосновенность и цѣлость своего имущества, собственникъ заключаетъ его въ хранилище, а доступъ въ это послѣднее затрудняетъ тѣми или другими приспособленіями, запорами. Эти дѣйствія собственника не могутъ быть названы предупредительными, такъ какъ они не устраняютъ возможности посягательствъ, а лишь ставятъ имъ препятствія. Другими словами, они охраняютъ человѣка и объектъ его правъ отъ посягательствъ. Съ

листа, стр. 188, и Garraud, Traité t. I p. 527—528. Н. Некюдовъ разсматриваетъ крайнюю необходимость лишь какъ извинительное дѣяніе, приказъ же квалифицируетъ также, какъ профессора Вульфертъ и Таганцевъ — Конспектъ стр. 48—50 и 44—46; Кистяковскій, Учебникъ, признаетъ состояніемъ невмѣняемости, проистекающей изъ причинъ, лежащихъ внѣ человѣка, состояніе крайней необходимости, необходимую оборону и приказъ начальства—стр. 103—134; Лохвицкій, Курсъ, относя по своей терминологіи къ причинамъ невмѣненія—сумасшествіе, безуміе, лунатизмъ, паряду съ этими причинами разсматриваетъ ошибку, крайнюю необходимость и приказъ, какъ одинъ изъ видовъ принужденія; необходимую оборону признаетъ лишь ненаказуемымъ насиліемъ и состояніемъ невмѣняемости—стр. 122—129 и 539—540 и слѣд.; Meyer, Lehrbuch—исключаетъ между прочимъ изъ числа причинъ невмѣненія, коими признаетъ обстоятельства, устраняющія наказуемость, согласіе потерпѣвшаго и дозволеніе власти, s. 266 и слѣд.

юридической точки зрѣнія эти охранительныя мѣропріятія могутъ имѣть значеніе только для лица, посягающаго на охраненное благо, вліяя на отвѣтственность его передъ уголовнымъ закономъ. Хозяинъ дома, запирая дверь на замокъ, не вступаетъ тѣмъ ни въ какое юридическое отношеніе; дѣйствіе его съ юридической точки зрѣнія безразлично. Оно останется таковымъ и въ томъ случаѣ, если онъ захлопнетъ и запретъ за собой дверь, убѣгая отъ нападающаго. Характеръ дѣянія нисколько не измѣнится и въ томъ случаѣ, если онъ, при нападеніи на него человѣка, намѣревающагося нанести ударъ, подставитъ палку и нападающій, ударившись (самъ) о нее, получитъ какое либо тѣлесное поврежденіе. Безразличіе такого дѣйствія *для защищающагося* съ точки зрѣнія правовой, и въ частности уголовно-правовой, зависитъ отъ того основного принципа, что дѣйствія человѣка пріобрѣтаютъ юридическій характеръ только въ тѣхъ случаяхъ, когда они выходятъ за предѣлы личной правовой сферы. Юридическій договоръ съ самимъ собой немыслимъ, нанесеніе себѣ ударовъ есть явленіе въ юридическомъ смыслѣ безразличное, также и лишеніе себя жизни. Если самоубійство и причиненіе себѣ тѣлесныхъ поврежденій разсматриваются въ нѣкоторыхъ случаяхъ какъ дѣянія запрещенныя и наказуемыя, то въ первомъ случаѣ играютъ роль соображенія религіозныя и предположеніе о косвенномъ вредѣ обществу и государству, а во второмъ случаѣ дѣяніе получаетъ уголовно-правовое значеніе только при преступномъ намѣреніи самоизувѣченнаго уклониться отъ возложенной на него государствомъ обязанности, другими словами,— перешагнуть за черту, отдѣляющую его право отъ права государственной власти. Въ приведенномъ примѣрѣ, поврежденія, полученныя нападающимъ, зависятъ, въ юридическомъ смыслѣ, отъ его собственныхъ дѣйствій, а не отъ дѣйствій защищающагося. Конечно, если бы послѣдній не поднималъ палки, то нападающій не могъ бы о нее удариться, но соотношеніе здѣсь причины и слѣдствія можно сравнить съ отношеніемъ, возникающимъ между ушибомъ о дверь неосторожно входящаго человѣка и фактомъ устройства двери. Если бы послѣдней не было, то не могло бы послѣдовать ушиба, но, однако, отсюда

нельзя вывести заключенія, что устройство двери является причиной вредныхъ послѣдствій. Такимъ образомъ, въ дѣйствіи защищающагося нѣтъ, необходимаго для уголовно-наказуемаго дѣянія, элемента причиненія вреда, а затѣмъ нѣтъ и вторженія въ правовую сферу другого лица, т. е. отсутствуетъ вообще всякій правовой элементъ, а потому это дѣйствіе можно признать только юридически безразличнымъ, также какъ и запираніе на замокъ дверей дома. Само собой разумѣется, что почти каждое юридически безразличное дѣяніе можетъ при извѣстныхъ условіяхъ получить правовое значеніе и даже стать преступнымъ. Запираніе двери на замокъ пріобрѣтаетъ значеніе одного изъ элементовъ преступнаго лишенія свободы, если за этой дверью находится человѣкъ, не обязанный закономъ быть тамъ. Также и движеніе палкой, предпринятое съ тою цѣлью, чтобы бѣгущій навстрѣчу человѣкъ, наткнувшись на нее, получилъ тѣ или другія повреждения или только почувствовалъ боль, будетъ противоправнымъ и наказуемымъ. Дѣянія безразличныя получили значеніе преступныхъ вслѣдствіе измѣненія своего направленія, вслѣдствіе новой цѣли, поставленной себѣ дѣятелемъ. Въ приведенныхъ выше примѣрахъ лицо защищалось, въ только что указанныхъ —нападало; тамъ лишь созданіе препятствій нарушенію права, здѣсь —дѣйствія непосредственно на право посягающія. Государство, признавая права гражданъ, не можетъ отрицать защиты этихъ правъ, такъ какъ при условіяхъ общественной жизни первыя немыслимы безъ второй. Но, признавая защиту, государство должно регламентировать ее только въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо защищающееся, своими дѣйствіями, правомѣрными или противоправными, вторгается въ область правъ третьихъ лицъ. То обстоятельство, что признанное закономъ *право* одного лица или объектъ этого права можетъ служить препятствіемъ *дѣйствіямъ* другого, имѣетъ значеніе лишь какъ фактъ, какъ явленіе внѣшняго міра, какъ слѣдствіе невозможности одновременнаго пребыванія двухъ тѣлъ въ пространствѣ достаточномъ лишь для одного. Наличность этихъ препятствій предполагается самымъ бытіемъ права и его объектовъ, и юридическая оцѣнка первыхъ также безцѣльна, какъ установленіе въ законѣ по пово-

ду каждаго правового института — соотвѣтствующаго института обязанностей.

Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что дѣйствія человѣка, которыми онъ *защищаетъ* свою личность и свое право, *не посягая* на личность и право нападающаго, а лишь создавая препятствія дѣятельности послѣдняго, не входятъ въ область уголовнаго права и не подлежатъ опредѣленію въ законѣ [1].

Защита получаетъ значеніе обороны, квалифицируемой уголовнымъ закономъ, только въ тѣхъ случаяхъ, когда она выражается въ *отраженіи* силою нападенія. Спасеніе бѣгствомъ не только не можетъ быть признано обороной, но и не отвѣчаетъ понятію защиты, а является не болѣе какъ уклоненіемъ отъ опасности, и служитъ къ охранѣ права лишь при исключительныхъ условіяхъ: когда объектъ посягательства уносится убѣгающимъ и нѣтъ вѣроятія, что послѣдній будетъ настигнутъ [2].

Гражданинъ можетъ быть уполномоченъ отражать только тѣ посягательства, которыя не предписаны закономъ. Какъ бы ни были драгоцѣнны съ объективной или субъективной точки зрѣнія разрушаемыя въ силу закона блага, оборона этихъ послѣднихъ будетъ преступна. Но при отсутствіи такихъ предписаній верховной власти она правомѣрна [3] какъ противъ нападеній преступныхъ, такъ и противозаконныхъ. Къ послѣдней категоріи можетъ быть отнесено нападеніе лицъ невмѣняемыхъ, дѣйствія которыхъ, утрачивая значеніе пре-

---

[1] Профессоръ Таганцевъ говоритъ по этому вопросу слѣдующее: „... охрана права, не соединенная съ насиліемъ, не нарушая ничьихъ правъ, не имѣетъ значенія въ уголовномъ правѣ. Вопросъ объ оборонѣ, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность дѣянія, можетъ возникнуть только въ томъ случаѣ, когда самое дѣяніе нарушаетъ чье либо право.“ — Курсъ I, стр. 234; тождественное мнѣніе высказываютъ: Долопчевъ, „О правѣ необходимой обороны“ Юр. В. 1874, Ноябрь и Декабрь стр. 28; Levita, Das Recht der Nothwehr, s. 20—22; Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes и т. д. стр. 47; P. Moriaud, Du délit nécessaire, p. 41; Binding, Handbuch, s. 731.

[2] Вульфертъ, Лекціи, стр. 158, Таганцевъ, Курсъ, I, стр. 224—225, Levita, Das Recht d. N, s. 237; Garraud, Traité, t. I. p. 588, Dalloz, Répertoire, t. XIV, p. 630 § 225; Полетаевъ, Необх. обор., Ж. М. Ю. 1863 г. X, стр. 29.

[3] Binding признаетъ для нѣкоторыхъ случаевъ даже обязательность обороны—Handbuch s. 731. Заслуживаетъ вниманія постановленіе бранденбургскаго военно-уголовнаго кодекса (1656 г.), въ силу котораго уклонившійся отъ обороны и не отразившій нападенія подвергался смертной казни (см. П. О. Бобровскій, Военное право въ Россіи, вып. I. стр. 258).

ступныхъ, за отсутствіемъ субъективной виновности, сохраняютъ свой противоправный характеръ. Вопросъ о правѣ обороны противъ лицъ невмѣняемыхъ признается спорнымъ [1]), но юридическій принципъ, лежащій въ основаніи этого права, дѣлаетъ неизбѣжнымъ признаніе обороны и противъ такого нападенія, которое не можетъ быть вмѣнено въ вину нападающему. Юридическія основанія необходимой обороны—незыблемость правопорядка, какъ первое условіе общественной жизни, и необходимость защиты права и личности отъ нарушеній и посягательствъ, не находящихъ себѣ основанія въ предписаніяхъ государственной власти. Какъ отъ вора, такъ и отъ сумасшедшаго я могу запереть свой домъ. Преступность или невмѣнимость дѣяній въ вину не измѣняетъ ничего въ существѣ нарушенія, въ его результатахъ для субъекта права. Лицо невмѣняемое не можетъ быть наказано, но оборона не наказаніе. Она имѣетъ мѣсто только до тѣхъ поръ, пока совершается или непосредственно предстоитъ посягательство. Наказаніе же караетъ лишь дѣйствія прошедшія.

Объективная противозаконность нападенія, какъ основное условіе правомѣрности обороны, дѣлаетъ очевиднымъ, что личность нападающаго, по общему правилу, не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Всякій человѣкъ способенъ нарушить запреты закона, совершить посягательство на личность и право другого и тѣмъ создать необходимость защиты и обороны. Всякое изъятіе въ этомъ отношенія поставитъ нападающаго внѣ закона и обратитъ правопорядокъ въ фикцію. Только удары закона не допускаютъ обороны. То или другое общественное и служебное положеніе лица нисколько не

[3]) Отрицаютъ это право: Н. Сергѣевскій, Рус. угол. пр. стр. 287; Розинъ, „О крайней необходимости“ стр. 202—212; Meyer, Lehrbuch s. 277—278. Розинъ, доказывая свое мнѣніе по этому вопросу приходитъ къ выводу, что необходимая оборона, есть особый видъ наказанія—см. стр. 209, что не отвѣчаетъ ни существу обороны, ни значенію наказанія. Требованіе одной объективной противозаконности нападенія предъявляютъ: Кистяковскій, Курсъ, стр. 118 § 219, Таганцевъ, Курсъ I, стр. 211, § 139, Лекціи II, стр. 566, Вульфертъ, Лекціи, стр. 157, Долопчевъ, указ. сочин. стр. 71—76, Wessely, Die Befugnisse и т. д. стр. 55—56, Levita, s. 185—186; A. Merkel, Lehrbuch, 163, Moriaud, Du délit nécessaire, p. 37—38, Garraud, Traité, t. I. p. 578, § 301, Olshausen, Kommentar, s. 242, p. 6 и 7, Titze, Die Notstandsrechte, s. 17 и примѣч. 53, s. 82, Haus, Principes t. I, p. 454—455. Trébutien, Cours, I, p. 144.

устраняетъ возможности совершенія имъ наказуемаго правонарушенія. Совершитъ ли кражу бездомный бродяга или должностное лицо, занимающее высокое положеніе, преступность дѣянія ихъ, съ точки зрѣнія закона, будетъ равна [1]). По вопросу о наказаніи допустимо даже повышеніе его въ соотвѣтствіи съ занимаемымъ въ обществѣ положеніемъ преступника, по принципу — кому больше дано съ того и больше спросится. На чемъ же можетъ покоиться воспрещеніе обороны противъ должностныхъ лицъ? Сколько нибудь твердаго основанія для подобнаго ограниченія невозможно подыскать. Нападеніе должностнаго лица во многихъ случаяхъ можетъ представлять несравненно большую опасность и для нападаемаго [2]) и для правопорядка. Представитель власти можетъ прикрывать свои преступныя посягательства якобы законной внѣшностью, можетъ устранить препятствія, создаваемыя предупредительной дѣятельностью других должностныхъ лицъ, можетъ затруднить или совершенно исключить возможность призыва на помощь и, наконецъ, пользуясь своимъ положеніемъ и авторитетомъ, можетъ скрыть слѣды своего преступленія или направить розыскную дѣятельность судебныхъ органовъ на ложный путь. Допустимъ, что судебный приставъ, явившись для описи имущества въ частную квартиру, начинаетъ бить ея хозяина, заперевъ предварительно входную дверь и взявъ отъ нея ключъ. Удовлетворивши свое преступное желаніе онъ не только можетъ безпрепятственно удалиться, но даже, вымещая злобу, ложно заявить органамъ власти о претерпѣнныхъ имъ обидахъ и насиліи со стороны неисправнаго должника. Не подлежитъ сомнѣнію, да оно и въ порядкѣ вещей, что заявленію незаинтересованнаго, якобы, представителя власти будетъ дано больше вѣры, чѣмъ частному лицу, имѣющему основаніе быть недовольнымъ производимой описью имущества.

Отрицаніе за гражданами права необходимой обороны противъ незаконнаго нападенія должностныхъ лицъ,

---

[1]) „... Unrecht bleibt Unrecht, von wem immer dasselbe geübt werde“ говоритъ Levita, Das Recht der Nothwehr. s. 192.

[2]) Очень удобное по своей краткости выраженіе, впервые, кажется, употребленное Долопчевымъ.

должно стоять въ неразрывной связи съ *дозволеніемъ* посягательствъ на личность и права гражданъ. Если должностнымъ лицамъ все дозволено, тогда недопустима и оборона противъ нихъ; если же дозволены нѣкоторыя опредѣленныя по содержанію и формѣ дѣйствія, то право обороны отсутствуетъ только противъ этихъ дозволенныхъ дѣйствій. Дозволено же только то, что не запрещено закономъ; слѣдовательно, всякое дѣйствіе запрещенное, хотя бы и не обложенное наказаніемъ, допускаетъ оборону, такъ какъ цѣль этой послѣдней поддержаніе правопорядка. Такимъ образомъ, по существу вопроса, нѣтъ принципіальнаго различія въ правѣ обороны противъ частныхъ и должностныхъ лицъ—посягательства тѣхъ и другихъ могутъ быть отражены силою, *если они противозаконны*. Такой выводъ устраняетъ необходимость особой оговорки относительно тѣхъ случаевъ, когда должностное лицо осуществляетъ свои законныя полномочія. Недопустимость обороны логически предполагается здѣсь, такъ какъ задача ея — служить охраной *права* отъ нападенія, а не быть средствомъ борьбы съ закономъ.

Высказанный взглядъ о допустимости обороны противъ незаконнаго нападенія должностныхъ лицъ можно считать въ настоящее время общепризнаннымъ въ литературѣ, хотя съ различными ограниченіями [1]. Но при этомъ заслуживаетъ вниманія нѣкоторое смѣшеніе понятій „обороны“ при *нападеніи* представителей власти и „сопротивленія“ ихъ *распоряженіямъ*.

Сопротивленіе предполагаетъ требованіе, хотя бы подкрѣпленное физическимъ принужденіемъ, — дѣйство-

---

[1]) Кистяковскій, Учебникъ, стр. 115—118: Вернеръ. Учебникъ. I, стр. 425, II, стр. 237: Таганцевъ, Курсъ, I, стр. 216—220, Лекціи II, стр. 570—574; Вульфертъ, Лекціи, стр. 157—158; Куплеваскій, „О предѣлахъ повиновенія...“ Юр. В. 1886 г. IX, стр. 54 - 75; Долопчевъ „О правѣ необход. обор.“ Юр. В. 1874, XI и XII стр. 83—100; Полетаевъ, Необходимая оборона, Ж. М. Ю. 1863 г. X, стр. 31—37: Haus, Principes, I, p. 454—455; Garraud, Traité, I, 580—583; Zachariä, „Ueber die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit, s. 355—376 (Arch. des Criminalrechts, 1843, drit. St.), John, Die Verbrechen gegen den Staat, s. 115—125, (Handbuch, von Holzendorf, 1872, drit. Band); Wessely, Die Befugnisse, s. 52—53, Levita, Das Recht der Nothwehr, s. 192—201; Olshausen, Kommentar, s. 242, p. 8, Oppenchoff, „Das Strafgesetzbuch...“ (1863) s. 192—193: Titze, Die Notstandsrechte, s. 84—85. Изъ русскихъ писателей отрицаетъ право обороны—А. Градовскій, Нач. рус. госуд. права, т. I, стр. 61, и „Законъ и админ. распоряж.“, Сборн. госуд. знаній, 1874 г. т. I, стр. 15—18.

вать или воздержаться отъ дѣйствія. Сопротивляющійся имѣетъ цѣлью совершить нѣчто вопреки желанію третьяго лица и потому сопротивленіе возможно только тогда, когда это желаніе выражено тѣмъ или другимъ способомъ. Оборона же мыслима только при нападеніи, т. е. при такомъ образѣ дѣйствій лица, когда оно стремится достигнуть цѣли непосредственно своими силами, не предъявляя къ нападаемому никакихъ требованій. Если же такія требованія выражаются одновременно съ нападеніемъ, то лишь съ цѣлью облегчить себѣ достиженіе желаемаго результата, и въ такомъ случаѣ дѣйствія нападаемаго могутъ выразиться какъ въ формѣ обороны, такъ и въ формѣ сопротивленія. При отсутствіи же нападенія и наличности однихъ требованій, лицо требующее не только не предполагаетъ, но и не желаетъ дѣйствовать, а напротивъ, ожидаетъ дѣйствій со стороны другихъ лицъ и, въ крайнихъ случаяхъ, принуждаетъ ихъ къ этому силой. Въ представленіи нападающаго—нападаемый (человѣкъ или вещь) является цѣлью; въ представленіи требующаго, приказывающаго—тотъ кому приказываютъ есть лишь средство для достиженія цѣли.

Вопросъ здѣсь не въ словахъ, а въ юридической оцѣнкѣ дѣянія въ томъ случаѣ, когда требованіе является юридически обязательнымъ. Необходимая оборона противъ приказа, вообще обязательнаго, немыслима, хотя бы онъ былъ въ данномъ случаѣ противозаконенъ и сопровождался физическимъ принужденіемъ къ повиновенію. Противопоставленіе неповинующимся своей силы—принужденію приказывающаго, будетъ сопротивленіемъ, а не обороной, и съ точки зрѣнія уголовнаго закона подлежитъ иной квалификаціи по сравненію съ этой послѣдней. Факты достаточные для признанія правомѣрнымъ сопротивленія, могутъ совершенно не соотвѣтствовать конструкціи необходимой обороны [1]. Юридическое основаніе сопротивленія—противозаконность требованія должностного лица, противозаконность приказа; при необходимой оборонѣ—незаконность нападенія. Началь-

[1]) Изъ числа указанныхъ выше авторовъ на это обстоятельство обратилъ вниманіе Zachariä—назван. соч. стр. 360.

никъ приказываетъ подчиненному совершить преступное дѣяніе; подчиненный отказывается, начальникъ принуждаетъ къ повиновенію и тѣмъ вызываетъ сопротивленіе. Въ большинствѣ случаевъ элементъ личной опасности, необходимый для законности обороны, будетъ при этомъ совершенно отсутствовать, что не устранитъ, однако, возможности признать дѣйствія подчиненнаго правомѣрными. Разграниченіе обороны и сопротивленія пріобрѣтаетъ особенно важное значеніе въ военно-уголовномъ правѣ.

По вопросу о томъ, какія блага и права подлежатъ охранѣ при необходимой оборонѣ, можно установить тотъ принципъ, что всякое охраняемое закономъ благо можетъ быть объектомъ обороны. Теоретическимъ критеріемъ охраняемости блага могутъ служить запреты уголовнаго закона. Если дѣйствіе нападающаго, будучи закончено въ своемъ содержаніи, соотвѣтствовало бы объективнымъ признакамъ наказуемаго правонарушенія, то нападаемый въ правѣ обороняться. Въ основѣ этого принципа лежитъ равная обязательность законодательныхъ нормъ. Нельзя сказать, что убійца преступнѣе вора; послѣдній причиняетъ своими дѣйствіями меньшій вредъ, но отсюда не слѣдуетъ еще, что воровство запрещено закономъ не въ такой степени какъ убійство.

Наряду съ вопросомъ о необходимой оборонѣ въ юридической литературѣ и законодательствахъ ставится вопросъ о дѣйствіяхъ, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости. Сходство этихъ институтовъ, однако, крайне незначительно. Какъ при необходимой оборонѣ, такъ и въ состояніи крайней необходимости лицо заинтересованное посягаетъ на третьихъ лицъ или на объекты ихъ правъ. Но по своимъ основаніямъ и по своей цѣли посягательства въ первомъ и во второмъ случаѣ рѣзко отличаются одно отъ другого. При оборонѣ человѣкъ *отражаетъ* противозаконное *нападеніе*, въ состояніи же необходимости — онъ *нападаетъ*. Это нападеніе вызывается не преступными цѣлями, а непреодолимымъ (конечно условно) желаніемъ спасти себя, свою жизнь, или объекты своихъ правъ отъ неизбѣжной гибели, но спасти дорогой цѣной—принеся въ жертву чужую жизнь, чужое право. При оборонѣ я посягаю на того, кто на-

рушилъ мое право, при состояніи необходимости—страдаетъ лицо юридически и фактически невиновное въ постигшей меня бѣдѣ. Жизнь и законъ отмежевали каждому область его правомочій и установили такимъ образомъ границы его произвола. Преступникъ *переступаетъ* эти границы, а обороняющійся лишь возстановляетъ ихъ, удаляетъ узурпатора и какъ бы говоритъ ему, — здѣсь мое право, не смѣй его нарушать. Но вотъ съ этимъ охранителемъ права случилась бѣда—какія либо внѣшнія силы природы, животныя, угрожаютъ гибелью его благамъ и онъ, отрекаясь отъ только что провозглашеннаго имъ принципа, вторгается въ сферу правъ третьяго лица, разрушаетъ его имущество, лишаетъ его жизни. Если въ первомъ случаѣ онъ дѣйствовалъ правомѣрно, то здѣсь—его поступки не могутъ выдержать такой юридической оцѣнки, они противоправны, хотя могутъ быть и невмѣнены ему въ вину. Посягающій подъ давленіемъ непреодолимой необходимости, виновенъ въ своихъ поступкахъ, но лишь фактически, а не юридически, мысль которую русскій народъ выражаетъ поговоркой «не всякая вина виновата».

Такимъ образомъ, въ отношеніи юридической оцѣнки дѣянія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, я присоединяюсь къ мнѣніямъ проф. Сергѣевскаго, Неклюдова, Розина, Долопчева, Garraud, Ortolan, Haus, Olshausen [1]), которые разсматриваютъ крайнюю необходимость лишь какъ cause de non culpabilitè и противополагаютъ ее необходимой оборонѣ, какъ fait justificatif. Состояніе необходимости не создаетъ правъ на посягательство, а лишь устраняетъ, условно, возможность воздержанія отъ нарушенія, при чемъ предѣлы этой невозможности безконечно разнообразны и отстоятъ тѣмъ дальше, чѣмъ болѣе развита въ человѣкѣ способность, если не жертвовать своими благами для блага другихъ, то, по крайней мѣрѣ, не требовать такой жертвы отъ лицъ неповинныхъ, во имя собствен-

---

[1]) Русское угол. право стр. 287—290; Общ. ч. угол. права (конспектъ) стр. 47—50; „О крайней необходимости", стр. 183—191; „О правѣ необходимой обороны" Юр. В. 1874, XI и XII, стр. 20; Traité I, p. 426, 566—667, Eléments, p. 169, § 427; Principes, I, p. 498—504; Kommentar, s. 246, къ § 54, p. 5.—Къ этому мнѣнію примыкаетъ, хотя съ значительными ограниченіями, Wesselly, „Die Befugnisse...." s. 10, 15—17, 26.

ныхъ интересовъ. Лишь снисходя къ эгоизму людей и признавая отсутствіе преступныхъ мотивовъ въ дѣятелѣ, человѣческое сознаніе, а за нимъ и законодательство, прощаетъ дѣйствія, совершенныя въ состояніи крайней необходимости, не ставитъ ихъ въ вину.

Состояніе крайней необходимости можетъ быть создано не только неодушевленными силами природы или нападеніемъ животныхъ, но и дѣйствіями третьихъ лицъ, если эти послѣднія, угрожая вредомъ личности или имуществу принуждаемаго, требуютъ отъ него совершенія преступнаго дѣянія. Такая обстановка дѣятельности принуждаемаго не вноситъ различія въ юридическое значеніе его дѣянія: человѣкъ, для спасенія своего блага, поддавшись чувству страха, посягаетъ на право другого, стоящаго въ сторонѣ и не вѣдающаго объ угрожающей ему опасности. Дѣяніе остается противоправнымъ, хотя бы оно было единственнымъ способомъ спасенія угрожаемаго блага.

Такое же юридическое значеніе имѣетъ посягательство на третьихъ лицъ со стороны подвергшагося нападенію при необходимой оборонѣ. Правомѣрность отраженія преступнаго нападенія мыслима лишь въ томъ случаѣ, если она ставитъ преграды этому послѣднему, если она служитъ цѣлямъ поддержанія правопорядка. Дѣйствіе же, переносящее опасность съ одного лица на другое, не удовлетворяетъ ни одному изъ указанныхъ условій, такъ какъ страдаетъ лицо неповинное и можетъ быть лишь умножается число жертвъ, если подставленный обороняющимся несчастный цѣною своихъ благъ не спасетъ подвергшагося нападенію.

Наконецъ, въ ряду причинъ, создающихъ для человѣка крайнюю, хотя и условную, необходимость противоправнаго посягательства для спасенія личнаго блага, слѣдуетъ отмѣтить тѣ, которыя возникаютъ въ самомъ дѣятелѣ, въ его организмѣ, а не зависятъ отъ воздѣйствія внѣшнихъ силъ. Къ такимъ причинамъ относится голодъ, не нужда, не бѣдность, а физическое страданіе человѣка, лишеннаго пищи. Какъ можетъ и долженъ законодатель квалифицировать эту, почти непобѣдимую и отрицательную, если можно такъ выразиться, силу? Прежде всего необходимо въ этомъ вопросѣ отграни-

чить значеніе голода, какъ причины устраняющей косвенно *вмѣняемость*, отъ вліянія его лишь на *вмѣненіе въ вину*. Физіологическій процессъ, происходящій въ живомъ организмѣ и выражающійся въ уменьшеніи количества бѣлковыхъ и жировыхъ веществъ и въ измѣненіи состава и консистенціи крови, можетъ повліять на сознаніе и познавательную способность разумнаго существа также, какъ паталогическіе дефекты нервныхъ центровъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что голодъ, вызвавшій помраченіе разсудка и нарушившій равновѣсіе психическихъ состояній или, вѣрнѣе, это помраченіе разсудка какъ ближайшая, а голодъ, какъ первопричина, —устранитъ способность къ вмѣненію, создастъ состояніе невмѣняемости дѣятеля. Но въ данный моментъ вопросъ идетъ о вмѣненіи въ вину дѣянія лица вмѣняемаго, но совершающаго правонарушеніе подъ вліяніемъ голода лишь какъ страданія, аналогичнаго другимъ видамъ физическихъ страданій, создаваемыхъ внѣшними силами—жаромъ, холодомъ и т. п. Оставаясь на точкѣ зрѣнія права приходится признать эти физическія страданія, и въ томъ числѣ голодъ, причиной, устраняющей вмѣненіе въ вину, но не противозаконность дѣянія. Практическое послѣдствіе такого разрѣшенія вопроса выражается въ допустимости обороны противъ посягательствъ, совершенныхъ въ состояніи крайней нужды.

Психическое принужденіе, во всѣхъ его формахъ, не создаетъ неизбѣжности правонарушенія; опасность, какъ бы она ни была велика, не исключаетъ возможности выбора между правомъ и не правомъ. Человѣкъ поддается чувству страха, но можетъ бороться съ нимъ и побѣдить его.

Возможны, однако, положенія, не только не допускающія выбора, но совершенно парализующія способность лица къ сознательному самоопредѣленію, при полной его вмѣняемости и совершенно разумной оцѣнкѣ фактическаго и юридическаго содержанія дѣянія. Такія положенія создаются силами, которыя, вліяя не на познавательную способность лица, а непосредственно на органы его тѣла, приводятъ послѣднія въ движеніе и тѣмъ вызываютъ измѣненія во внѣшнемъ мірѣ помимо участія воли лица и даже вопреки его желаній. Такая

форма принужденія, исключающая возможность борьбы или дѣлающая ее совершенно безрезультатной, очевидно устраняетъ безусловно виновность лица, какъ нравственную, такъ и юридическую, въ отношеніи возникшихъ вредныхъ послѣдствій. При физическомъ принужденіи лицо принуждаемое можетъ быть разсматриваемо лишь какъ орудіе, какъ средство противоправнаго посягательства. Въ той совокупности явленій, которыя, по своему отношенію къ установленному правопорядку, признаются нарушеніемъ его, отсутствуетъ одинъ изъ элементовъ — субъектъ преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, эта форма принужденія рѣзко отличается отъ принужденія психическаго и состоянія крайней необходимости [1]), хотя нѣкоторые законодательства и писатели этого разграниченія и не устанавливаютъ [2]).

Причины, устраняющія вмѣненіе въ вину, могутъ лежать не только во внѣшнемъ мірѣ, соприкасающемся съ субъектомъ дѣянія, не только въ юридическомъ законѣ, лишающемъ охраны объектъ посягательства, но и непосредственно въ самомъ дѣятелѣ, въ дефектахъ его сознанія, оцѣнивающаго явленія внѣшняго міра въ ихъ причинной связи. Дѣянія и ихъ послѣдствія подлежатъ вмѣненію въ вину, по общему правилу, лишь тогда, когда они сознаются дѣйствующимъ лицомъ. Вопросъ о значеніи безсознательныхъ дѣйствій, какъ относящійся къ ученію о вмѣняемости субъекта противоправнаго посягательства, не входитъ въ задачу настоящей работы. Причины же невмѣненія въ вину субъективнаго характера предполагаютъ полную вмѣняемость лица, т. е. способность нравственно и юридически отвѣчать за свои поступки, способность, не отсутствующую и въ моментъ совершенія невмѣнимаго дѣянія, но лишь не проявившуюся вполнѣ или частью вслѣдствіе особой

---

[1]) Вульфертъ, Лекціи, стр. 173—174; Таганцевъ, Лекціи, II, стр. 631—633; Meyer, Lehrbuch, s. 141; Merkel, Lehrbuch, s. 66, 165; Trébutien, Cours, I, 129—130; Ortolan, Eléments, p. 141—162.

[2]) Ст. 100 Улож. о наказ.; art. 64 Code pén.; § 52 Strafgesetz f. d. Deutschen. R.; Chaveau et Hélie, Théorie, I, p. 560; Dalloz, Répertoire, t. XXXV, p. 648, § 414; Blanche, Etudes, II, p. 309, § 203; Oppenhoff, Das Starfgesetz. f. d. Preus. St. s. 132, § 40, p. 12.

обстановки дѣянія. Значеніе этой обстановки можетъ быть двоякое: или сознаніе возникаетъ послѣ дѣйствія лица, или, предшествуя ему, относится лишь къ самому дѣянію, а не къ его послѣдствіямъ которыхъ не предвидитъ. Идя по лѣстницѣ дома, я спотыкаюсь и при паденіи причиняю вредъ третьему лицу. Сознаніе моего паденія возникаетъ лишь тогда, когда оно началось и по физическимъ законамъ не можетъ быть прекращено безъ воздѣйствія внѣшней силы. Вредъ, являющійся прямымъ послѣдствіемъ движенія моего тѣла, не можетъ быть вмѣненъ мнѣ въ вину, такъ какъ это движеніе и его результатъ возникли лишь случайно, безъ участія сознанія, появившагося уже послѣ событія. Или же при производствѣ стрѣльбы по мишени рикошетировавшая пуля, перелетѣвъ стрѣлковый валъ, ранитъ находящагося за нимъ человѣка. Здѣсь дѣяніе (выстрѣлъ), будучи вполнѣ сознательнымъ, не можетъ подлежать вмѣненію въ вину, такъ какъ вредныя послѣдствія его не только не были въ сознаніи стрѣлявшаго, но и не могли, по обстановкѣ дѣянія, быть имъ предвидѣны. Причина невмѣненія въ вину та же, что и въ первомъ примѣрѣ,— случайность вредныхъ послѣдствій юридически безразличнаго дѣянія, хотя отношеніе сознанія къ этому послѣднему иное. Не подлежитъ сомнѣнію, что случайность послѣдствій не можетъ устранить вмѣненія, если дѣяніе само по себѣ запрещено и наказуемо. То же слѣдуетъ сказать и о возникновеніи, хотя и случайномъ, вредныхъ послѣдствій, при условіи существованія особой установленной закономъ обязанности—воздержанія отъ дѣйствій, вредныя послѣдствія которыхъ логически возможны. При наступленіи, однако, такихъ послѣдствій будетъ подлежать вмѣненію не причиненный вредъ, а нарушеніе спеціальной обязанности.

Отношеніе сознанія человѣка къ совершенному имъ дѣянію можетъ выразиться и въ иной формѣ, также устраняющей вмѣненіе въ вину. Въ сознаніе дѣйствующаго лица входятъ представленія о цѣли, о средствахъ и объ объектѣ. Истинность или ложность, съ логической точки зрѣнія, этихъ представленій имѣетъ различное значеніе въ уголовномъ правѣ. Стремленіе къ недостижимой или воображаемой цѣли не оказываетъ вліянія

на существо преступнаго дѣянія и, свидѣтельствуя о недостаточности умственнаго развитія субъекта, можетъ отразиться лишь на строгости наказанія. Желалъ ли убійца лишить человѣка жизни, чтобы избавиться отъ ненавистнаго и вреднаго согражданина, или намѣревался добыть изъ его тѣла какое либо магическое вещество для колдованія, — дѣяніе не измѣнитъ своего юридическаго значенія. Если же умыслившій преступное дѣяніе, вслѣдствіе ложнаго представленія о вредности избранныхъ имъ средствъ, прибѣгнетъ къ логически безсмысленнымъ, т. е. не способнымъ произвести измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ, то правонарушеніе по своему содержанію и предполагавшійся результатъ не послѣдуютъ; дѣяніе будетъ юридически безразличнымъ, если не подлежитъ вмѣненію самый умыселъ.

Когда же намѣреніе лица дѣйствовавшаго было правомѣрно, наступленіе же вредныхъ послѣдствій зависѣло отъ ошибочнаго представленія о безвредности употребленныхъ средствъ (или, что то же, отъ невѣдѣнія ихъ вредныхъ свойствъ), то дѣяніе и его результаты не подлежатъ вмѣненію, хотя въ сознаніи субъекта было представленіе о средствахъ и объ ихъ отношеніи къ цѣли дѣянія: невмѣненіе обусловливается ложностью этого представленія. При ошибкѣ лицо не только не сознаетъ вредности своихъ дѣйствій, но и не *можетъ логически предполагать ее*. Въ этой *невозможности* предположенія вреда и въ отношеніи сознанія къ объекту лежитъ различіе ошибки и случая. Если я даю кому либо ядъ и думаю, что это вода, то не могу, слѣдуя законамъ логики, ни при какихъ условіяхъ допустить одновременно возможность отравленія *водой*, такъ какъ *вода* никогда не отравляетъ. При случайности же вреда отсутствуетъ или представленіе объ объектѣ, или предвидѣніе вредныхъ послѣдствій, но не вообще, а лишь при данномъ положеніи вещей; выстрѣлъ изъ ружья *можетъ* причинить вредъ, но при данныхъ условіяхъ не долженъ былъ его причинить, т. е. дѣятель не могъ предвидѣть *возможнаго* отъ его дѣйствій вреда.

Отношеніе сознанія къ объекту посягательства также оказываетъ значительное вліяніе на виновность лица,

устраняя въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможность вмѣненія. Представленіе о правовомъ объектѣ можетъ или отсутствовать, или быть ложнымъ. Въ первомъ случаѣ мы будемъ говорить о невѣдѣніи, во второмъ — о заблужденіи или ошибкѣ.

Здѣсь необходимо различать невѣдѣніе о самомъ существованіи объекта и невѣдѣніе о его правовомъ значеніи. Въ приведенномъ выше примѣрѣ пораненія человѣка, находившагося за валомъ, у стрѣлявшаго отсутствовало представленіе о томъ, что противъ дула его ружья находится какой либо одушевленный предметъ. Вслѣдствіи этого причиненный вредъ разсматривался лишь какъ случайный. Невѣдѣніе же того обстоятельства, что посягательство направлено на объектъ, принадлежащій къ числу охраняемыхъ закономъ, или ложное представленіе о данномъ объектѣ, какъ о стоящемъ внѣ сферы вліянія юридическаго, въ частности— уголовнаго, закона.— эти два вида дефективнаго сознанія различаются лишь по формѣ, а не по содержанію. Я даю монету, *не зная*, что она фальшивая (примѣръ изъ лекцій профессора Вульферта)— мое представленіе имѣетъ отрицательную форму невѣдѣнія; или я даю фальшивую монету, добросовѣстно *предполагая* ее законной,—положительная форма ложнаго представленія или ошибка. Я стрѣляю въ предметъ, принимаемый мною за волка, зайца и т. п., а въ дѣйствительности этотъ предметъ оказывается человѣкомъ: мое представленіе *ошибочно* и равносильно *невѣдѣнію* о томъ, что поражаемый предметъ есть человѣкъ. Другими словами, невѣдѣніе и заблужденіе являются лишь различными формами одного понятія—дефекта сознанія; ошибка предполагаетъ невѣдѣніе истины, а это послѣднее—ошибку.

Заканчивая на этомъ краткій очеркъ причинъ, устраняющихъ вмѣненіе въ гражданскомъ быту, мы переходимъ къ рѣшенію основной задачи: къ вопросу о значеніи ихъ въ условіяхъ быта военнаго, о соотвѣтствіи ихъ цѣли бытія войска и содержанію воинской дисциплины, и о тѣхъ измѣненіяхъ ихъ конструкціи, которыя вызываются особымъ положеніемъ въ государствѣ воина.

IV.

Установленное выше раздѣленіе причинъ невмѣненія на юридическія или объективныя, и фактическія или субъективно-объективныя, облегчаетъ *принципіальное* рѣшеніе вопроса о вліяніи на виновность военнослужаго причинъ первой и второй категоріи. Если отношенія субъекта дѣянія къ объекту установлены закономъ помимо воли дѣйствующихъ лицъ, а дѣйствія предписаны закономъ, другими словами, если нарушаемый интересъ лишенъ охраны закона внѣ зависимости отъ желаній сторонъ, то такое положеніе исключаетъ возможность вмѣненія въ вину дѣяній какъ въ гражданскомъ, такъ и въ военномъ быту. Причина невмѣненія въ этихъ случаяхъ лежитъ не въ дѣятелѣ, а въ законѣ и въ его отношеніи къ объекту. Законъ же равно обязателенъ для всѣхъ, независимо отъ профессіи ихъ и служебнаго положенія. Такимъ образомъ, дѣяніе, совершенное во исполненіе закономъ возложенной обязанности, не можетъ подлежать вмѣненію въ вину какъ въ гражданскомъ, такъ и въ военномъ быту, въ силу неизмѣннаго общаго начала — незапрещенности предписаннаго. Задачи войска и условія войсковой жизни могутъ давать и дѣйствительно даютъ особое *содержаніе* обязанностямъ; могутъ вызывать необходимость такихъ дѣйствій, которыя недопустимы или даже немыслимы въ гражданскомъ быту, но здѣсь лишь вопросъ содержанія, а не юридической оцѣнки дѣянія. Содержаніе предписаннаго закономъ дѣйствія не оказываетъ и не можетъ оказать никакого вліянія на вмѣнимость этого дѣйствія. При выполненіи юридической обязанности, личность обязаннаго не имѣетъ значенія съ точки зрѣнія уголовнаго права. Это послѣднее имѣетъ дѣло лишь съ дѣяніями *запрещенными*; если же дѣяніе предписано закономъ, то вопросъ о томъ — къ *кому* обращено это предписаніе, является празднымъ, *развѣ только дѣйствовало лицо обязанное, а не какое либо другое.* Такимъ образомъ, можно установить слѣдующій принципъ: *условія военнаго быта и задачи воинской дисциплины не вносятъ измѣненія въ юридическое значеніе тѣхъ признанныхъ въ гражданскомъ*

быту и въ общемъ уголовномъ законѣ причинъ невмѣненія, которыя зависятъ отъ наличности предписанія или дозволенія закономъ дѣйствія, отвѣчающаго по своимъ внѣшнимъ признакамъ составу наказуемаго правонарушенія.

Теорія военнаго права и военно-уголовнаго въ частности можетъ опредѣлить лишь желательное *содержаніе* обязанностей и правъ военно-служащихъ, можетъ указать законодателю на опасность крайняго расширенія или стѣсненія тѣхъ и другихъ, или на отсутствіе необходимости регламентировать нѣкоторыя изъ нихъ, но не можетъ внести новыхъ началъ въ ихъ юридическую квалификацію. Это соображеніе, безспорное въ отношеніи дѣяній, совершенныхъ во исполненіе закономъ возложенной обязанности или во имя субъективнаго права, можетъ вызвать нѣкоторыя сомнѣнія по вопросу о вліяніи на вмѣненіе приказа начальника. Но сомнѣніе это слѣдуетъ признать совершенно безосновательнымъ. Приказъ является причиной невмѣненія въ вину лишь постольку, поскольку онъ обязателенъ для подчиненнаго. Обязательность же приказа зависитъ отъ предписаній закона, отъ тѣхъ установленныхъ имъ признаковъ, которые придаютъ требованію начальника силу закона. Слѣдовательно личность приказывающаго, родъ его дѣятельности не вліяетъ на вмѣнимость дѣянія. Если законъ установитъ безусловную обязательность приказа гражданскаго чиновника для его подчиненныхъ, то дѣянія послѣднихъ въ той же мѣрѣ не будутъ подлежать вмѣненію, какъ и дѣянія военнослужащихъ при тѣхъ же условіяхъ. Законъ военный, въ виду особаго назначенія войска, способовъ и условій его дѣятельности, можетъ увеличить или уменьшить число признаковъ обязательности приказа, но это обстоятельство будетъ касаться опять таки лишь содержанія, а не юридическаго значенія приказа.

Такимъ образомъ, изслѣдованіе въ теоріи военно-уголовнаго права указанной группы причинъ невмѣненія можетъ выразиться лишь въ опредѣленіе спеціальнаго содержанія ихъ и въ рѣшеніи вопроса о необходимости расширенія или суженія области дѣяній вмѣнимыхъ за счетъ дѣяній, не подлежащихъ вмѣненію.

Иначе должны быть оцѣнены причины невмѣненія фактическаго характера, обусловленныя особымъ отно-

шеніемъ субъекта дѣянія къ объекту, отношеніемъ, возникающимъ вопреки закона, вслѣдствіе исключительнаго положенія одной или обѣихъ сторонъ, и чуждымъ всякой обязательности. Здѣсь интересы отдѣльнаго военнослужащаго могутъ придти въ столкновеніе съ интересами войска, воля лица дѣйствующаго можетъ противорѣчить волѣ верховнаго вождя и, такимъ образомъ, невмѣнимое въ гражданскомъ быту дѣяніе получитъ значеніе преступнаго и наказуемаго. Въ этомъ смыслѣ было сказано выше, что при отсутствіи принципіальнаго различія между понятіями общаго и воинскаго преступленія, область дѣяній преступныхъ въ военномъ быту не совпадаетъ съ областью такихъ же дѣяній въ условіяхъ обще-гражданской жизни. Область вмѣненія и невмѣненія дополняютъ другъ друга; всякое ограниченіе второй расширяетъ границы первой, и обратно. Такъ, отрицаніе закономъ права обороны подчиненнаго противъ незаконнаго посягательства начальника, исключая дѣянія обороняющагося изъ области невмѣнимыхъ, неизбѣжно переноситъ ихъ въ группу преступныхъ. Задача теоріи военно-уголовнаго права—опредѣлить необходимость особыхъ постановленій о невмѣненіи въ вину дѣяній военнослужащихъ, указать основанія этихъ изъятій и выяснить возможность спеціальной конструкціи причинъ невмѣненія упомянутой второй группы.

Остается сказать еще о чисто субъективныхъ причинахъ невмѣненія, выражающихся въ отсутствіи предвидѣнія (случай) и ложныхъ представленіяхъ (ошибка). Не нужно доказывать, что служебное положеніе лица не можетъ само по себѣ оказать никакого вліянія на познавательную способность и дѣятельность сознанія. То и другое зависитъ отъ индивидуальныхъ свойствъ, а не отъ званія и профессіи лица. Конечно, спеціальный родъ занятій, развивая умственныя и психическія способности, въ томъ числѣ наблюдательность и вниманіе, можетъ уменьшить вѣроятность случайныхъ правонарушеній и преступныхъ ошибокъ, но юридическое значеніе тѣхъ и другихъ останется безъ измѣненія. Законодатель можетъ лишь, какъ было сказано выше, возложить на лицъ данной профессіи спеціальную обязанность воздержанія отъ дѣйствій, вредныя послѣдствія

которыхъ логически возможны, и обложить наказаніемъ нарушеніе этой обязанности, но такое рѣшеніе вопроса не можетъ придать дѣяніямъ случайнымъ значенія вмѣнимыхъ въ вину.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи будетъ разсмотрѣно содержаніе причинъ невмѣненія первой группы и разрѣшены поставленные выше вопросы въ отношеніи причинъ второй группы.

V.

Реальными объектами посягательствъ могутъ быть: организмъ человѣка, его свобода, въ смыслѣ возможности движеній, имущество и, косвеннымъ путемъ, нравственное чувство чести. Каждый изъ этихъ объектовъ составляетъ благо для человѣка, почему неприкосновенность ихъ охраняется государствомъ, а посягательство — карается. Въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ государство лишаетъ тотъ или другой объектъ своей охраны или на опредѣленный моментъ (напр. личность противозаконно нападающаго) или внѣ зависимости отъ времени (положеніе „шельмованныхъ“ по русскому, friedlos и vogelfrei по германскому и скандинавскому праву), объявляя посягательства на эти объекты не подлежащими вмѣненію въ вину. При такомъ положеніи объекта, посягательство на него со стороны третьихъ лицъ зависитъ исключительно отъ ихъ желаній, составляетъ ихъ право, но не обязанность. Возможна, однако, иная комбинація обстоятельствъ, при которой государственная власть, во имя общихъ интересовъ и государственной безопасности, вынуждена предписать своимъ исполнительнымъ органамъ нарушеніе интересовъ частныхъ и посягательство на всѣ блага даннаго гражданина или извѣстной группы подданныхъ. Нарушеніе частныхъ интересовъ по повелѣнію власти можетъ выразиться въ тѣхъ формахъ, которыя допускаетъ природа объектовъ. Нашему разсмотрѣнію въ настоящее время подлежатъ только двѣ группы этихъ нарушеній, такъ какъ административное взысканіе убытковъ казны, создаетъ лишь гражданско-правовыя отношенія.

Вопросъ же о причиненіи имущественнаго вреда третьимъ лицамъ при выполненіи служебныхъ дѣйствій, въ той мѣрѣ, въ какой этотъ вредъ можетъ вызвать уголовно-правовыя послѣдствія, будетъ разсмотрѣнъ въ другомъ мѣстѣ, какъ находящійся въ зависимости отъ осуществленія права, а не обязанности. Къ первой изъ упомянутыхъ группъ должно быть отнесено насиліе надъ личностью, ко второй—карательная дѣятельность уполномоченныхъ органовъ власти. Въ отношеніи этой второй группы необходимо замѣтить, что о невмѣненіи въ вину, при осуществленіи карательной власти, можно говорить лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда наказуемыя дѣянія не опредѣлены по содержанію въ законѣ, такъ какъ, очевидно, примѣненіе санкціи закона уголовнаго не можетъ даже возбудить вопроса о винѣ примѣняющаго. Предписанное закономъ насиліе надъ личностью въ военномъ быту можетъ выразиться: въ формѣ непосредственнаго примѣненія только физической силы или, сверхъ того,— и военнаго оружія. Карательныя же функціи органовъ власти въ отношеніи не опредѣленныхъ по содержанію дѣяній—въ формѣ наказаній: стѣсненія свободы, словеснаго порицанія и т. п. Разсмотримъ послѣдовательно эти двѣ группы невмѣнимыхъ въ вину посягательствъ.

Выше (гл. I и II) было установлено какъ основное условіе бытія войска — сознательное подчиненіе каждымъ военнослужащимъ своей воли волѣ верховнаго вождя. Воинская дисциплина, какъ совокупность воспитательныхъ мѣръ, имѣетъ своей задачей развитіе въ каждомъ воинѣ способности къ такому подчиненію воли. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда желаемая цѣль почему либо не достигнута, если самодѣятельность военнослужащаго, при полной сознательности ея, не совпадаетъ съ извѣстной ему волею вождя, то является необходимость, во имя бытія войска, покорить эту волю во что бы то ни стало мѣрами принужденія, имѣющими, какъ было ранѣе сказано, косвенное воспитательное значеніе. Здѣсь возникаетъ крайне существенный вопросъ, разрѣшеніе котораго въ томъ или другомъ смыслѣ представляетъ значительный теоретическій и практическій интересъ. Допустимы ли мѣры физическаго принужденія только при активномъ неповиновеніи или, въ равной мѣрѣ, и при

пассивномъ? Къ рѣшенію этого вопроса можно подойти слѣдующимъ путемъ. Воздѣйствіе на личность человѣка внѣшнихъ силъ можетъ быть двоякое — механическое и нравственное. Вліяніе нравственное, какъ дающее содержаніе представленіямъ, а отсюда и мотивамъ дѣятельности, наиболѣе желательно и цѣлесообразно. Возникновеніе мотивовъ въ значительной степени увеличиваетъ вѣроятность воспослѣдованія соотвѣтствующихъ дѣйствій не только въ данномъ случаѣ, но и въ будущемъ. Если же эта форма воздѣйствія не достигла своей цѣли, если поступки человѣка опредѣляются мотивами нежелательнаго содержанія, а по условіямъ его предшествовавшей жизни и даннаго случая представляется маловѣроятнымъ возникновеніе мотивовъ желательныхъ, то интересы общества и государства требуютъ примѣненія другихъ мѣръ. Область нравственная исчерпана, необходимы слѣдовательно мѣры физическія. Онѣ распадаются на три вида: причиненіе страданій, непосредственное приложеніе къ органамъ тѣла силы, приводящей ихъ въ движеніе и, наконецъ, насильственное, но безъ причиненія вреда личности, удаленіе правонарушителя изъ общественной среды или выполненіе надъ нимъ необходимыхъ дѣйствій помимо его воли. Анализъ мѣръ перваго вида завелъ бы насъ слишкомъ далеко въ сторону. Достаточно вспомнить времена пытокъ, изувѣчивающихъ и тяжкихъ тѣлесныхъ наказаній, чтобы признать невозможность для человѣчества вернуться къ ужасамъ прошлыхъ столѣтій. Необходимость заставляетъ мириться лишь съ такими формами причиненія страданій, которыя не вызываютъ чувства физической боли. Пребываніе въ тюрьмѣ, въ ссылкѣ есть тоже страданіе, но человѣческое сознаніе и нравственное чувство, допуская эти виды страданіи, возмущается фактомъ причиненія физической боли, непосредственнаго раздраженія покрововъ тѣла. Противъ этой формы принужденія говоритъ также ихъ, въ значительной степени вѣроятная, безрезультатность. Печальная эпоха пытокъ доказала, что нѣтъ тѣхъ мученій, которыхъ не могъ бы человѣкъ побѣдить силою воли. Послѣднее соображеніе о безрезультатности этихъ мѣръ вполнѣ примѣнимо и во второму виду физическаго принужденія.

Сила, приложенная извнѣ къ тѣлу человѣка, нежелающаго, положимъ, двигаться, конечно приведетъ его въ движеніе, но можно ли признать этотъ результатъ полезнымъ въ истинномъ смыслѣ слова. Съ прекращеніемъ дѣйствія силы, прекратится и движеніе. Отсутствіе полезныхъ послѣдствій въ данномъ случаѣ не имѣетъ ничего общаго съ тѣмъ фактомъ, что назначаемыя уголовнымъ закономъ *наказанія* не всегда даютъ полезныя для *преступника* результаты. Уголовный законъ имѣетъ въ виду прежде всего потребности общества и правопорядка, а затѣмъ уже задается цѣлями исправленія; кромѣ того, наказаніе не принуждаетъ къ правомѣрному дѣйствію, а лишь караетъ за совершенное правонарушеніе и, хотя временно, устраняетъ возможность повторенія. Принужденіе же физическое ни по своему содержанію, ни по своимъ цѣлямъ не можетъ быть уподоблено наказанію.

Третій же видъ принужденія, выражающійся въ принудительномъ удаленіи неповинующагося безъ причиненія ему тѣлеснаго вреда, не только не противорѣчитъ нравственному чувству человѣка, не только вполнѣ достигаетъ цѣли предупредительной и пресѣкающей дѣятельности власти, но и получаетъ значеніе воспитательной мѣры, если влечетъ за собой лишеніе свободы и устраняетъ вредный и заразительный примѣръ. То же слѣдуетъ сказать и объ упомянутыхъ необходимыхъ дѣйствіяхъ надъ личностью неповинующагося подчиненнаго (личный обыскъ, принудительное снятіе одежды и т п.). Такимъ образомъ, принужденіе, соединенное съ причиненіемъ боли, отвергается человѣческимъ разумомъ и чувствомъ, принужденіе же механическое — безцѣльно. Единственный допустимый и невмѣнимый въ вину способъ физическаго воздѣйствія на личность *пассивно* неповинующагося — совершеніе начальникомъ или по его приказанію дѣйствій, которыми *достигается* желаемая цѣль *помимо воли* подчиненнаго.

Такое рѣшеніе поставленнаго выше вопроса можетъ возбудить сомнѣніе относительно случаевъ неповиновенія воинскихъ частей, когда онѣ отказываются исполнить команду начальника. Въ русской арміи укоренилось убѣжденіе, что подобная форма неповиновенія даетъ на-

чальнику право и даже обязываетъ его прибѣгнуть къ самымъ крайнимъ мѣрамъ—къ лишенію жизни непокорныхъ, если не всѣхъ безусловно, то нѣсколькихъ и прежде всего, почему то, правофланговаго, когда часть находится въ строю. Какъ разрѣшаетъ эти случаи дѣйствующее законодательство, будетъ указано ниже, здѣсь же постараемся разсмотрѣть ихъ съ точки зрѣнія требованій военной службы и задачъ воинской дисциплины.

Неповиновеніе съ юридической точки зрѣнія есть преступное бездѣйствіе, въ психилогическомъ же отношеніи — отрицаніе воли повелѣвающаго или, другими словами, опредѣленіе своей дѣятельности индивидуальнымъ представленіемъ о цѣли. Преступное дѣяніе въ формѣ положительной или отрицательной создаетъ необходимость предупрежденія, прекращенія и наказанія. Мѣры предупредительныя имѣютъ своей задачей создать препятствія возникновенію противоправной дѣятельности человѣка. Если, несмотря на эти препятствія, посягательство послѣдовало, то органы государственной власти и даже частныя лица обязываются приложить свои силы къ прекращенію его въ начальныхъ стадіяхъ, дабы поддержать авторитетъ закона и устранить возможность наступленія новыхъ вредныхъ послѣдствій этого посягательства. Мѣропріятія къ прекращенію правонарушенія мыслимы, однако, *лишь въ періодъ преступной дѣятельности*; съ окончаніемъ ея исчезаетъ логически и фактически возможность искусственнаго прекращенія, пресѣченія. Фактъ правонарушенія является затѣмъ основаніемъ карательныхъ функцій власти, выражающихся въ лишеніи преступника тѣхъ или иныхъ благъ. Примѣненіе наказаній къ личности преступника опредѣляется нѣкоторыми незыблемыми принципами, признанными всѣми законодательствами цивилизованныхъ народовъ и теоріей права; эти принципы слѣдующіе: nulla poena sine lege, non bis in idem, (право матеріальное); власть судебная и исполнительная не подлежатъ объединенію въ одномъ лицѣ или учрежденіи (право формальное). Другими словами: правовое послѣдствіе преступнаго дѣянія должно быть опредѣлено въ законѣ, можетъ возникнуть единожды и лишь по повелѣнію той власти, которая уполномочена въ этомъ отношеніи закономъ.

Посмотримъ, отвѣчаетъ ли дѣятельность начальника, употребляющаго оружіе противъ неповинующейся воинской части, по своему содержанію и основаніямъ, указаннымъ способамъ борьбы съ преступленіями въ формѣ предупрежденія, пресѣченія и наказанія.

Неповиновеніе выражается или въ молчаливомъ бездѣйствіи, или въ словесномъ отказѣ исполнить требованіе начальника. Мѣропріятія предупредительныя въ отношеніи этого рода преступленій мыслимы лишь въ формѣ устраненія *причинъ*, могущихъ вызвать непокорность, и въ такомъ *воспитаніи* повелѣваемыхъ, которое исключало бы возможность непослушанія. Угроза или дѣйствительное употребленіе начальникомъ оружія противъ неповинующихся, само собой разумѣется, не можетъ устранить причину неповиновенія и не можетъ быть разсматриваемо какъ мѣра воспитательная, такъ какъ не создаетъ мотивовъ для будущей правомѣрной дѣятельности непокорныхъ, а лишь, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, вызываетъ чувство страха у невольныхъ свидѣтелей. Въ равной мѣрѣ нельзя разсматривать эти мѣры власти какъ пресѣкающія преступное дѣяніе, такъ какъ первый отказъ отъ повиновенія даетъ полный составъ преступленія, не измѣняющійся въ своемъ существѣ отъ большей или меньшей его продолжительности. Но можетъ быть рѣшительное дѣйствіе начальника, поражающаго одного или нѣсколькихъ неповинующихся, предотвращаетъ наступленіе новыхъ вредныхъ послѣдствій? Да, но лишь въ той степени, въ какой опасность личнаго вреда *можетъ* заставить преступника прекратить его преступную дѣятельность. По общему правилу мѣры пресѣченія имѣютъ своей задачей: поставленіе *препятствій* разрушительной *дѣятельности* преступника. Если же послѣдній *бездѣйствуетъ*, то какія же мыслимы препятствія? Въ этихъ случаяхъ можетъ идти рѣчь лишь о созданіи новыхъ мотивовъ въ сознаніи преступника, которые вызвали бы правомѣрную дѣятельность его. Средства для созданія такихъ мотивовъ могутъ быть крайне разнообразны и выборъ ихъ представляетъ не мало затрудненій. Возможно ли для принужденія собравшейся толпы народа разойтись — поджигать дома лицъ, находящихся въ толпѣ, хотя бы при полной безопасности имущества постороннихъ лицъ; возможно ли убивать дѣ-

тей съ цѣлью принудить родителей ихъ къ повиновенію; возможно ли, взявъ одного изъ толпы, подвергать его пыткамъ, чтобы тѣмъ внушить страхъ молчаливымъ зрителямъ, или разстрѣливать по одному для воздѣйствія на остальныхъ? Если такія мѣры недопустимы, то почему возможно убить правофланговаго неповинующейся роты? Невозможно, по тѣмъ же соображеніямъ, въ силу которыхъ ни одно законодательство не признаетъ правомѣрнымъ насиліе надъ личностью одного изъ противозаконно нападающихъ, лишеннаго уже возможности вредить, съ цѣлью этимъ путемъ склонить другихъ къ прекращенію ихъ преступной дѣятельности. Недопустимость такихъ мѣръ зависитъ отъ трехъ причинъ: средства борьбы съ преступнымъ дѣяніемъ лишь тогда правомѣрны, когда они способны затруднить или прекратить посягательство; они должны имѣть объектомъ непосредственно личность преступника и, наконецъ, *вредъ* причиняемый ему можетъ быть лишь неизбѣжнымъ *слѣдствіемъ* дѣйствій, направленныхъ къ поддержанію правопорядка, какъ цѣли (по поговоркѣ — лѣсъ рубятъ-щепки летятъ), а не долженъ быть *средствомъ* для достиженія этой цѣли, такъ какъ искупительныхъ жертвъ нравственное, религіозное и правовое чувство современнаго человѣчества не допускаетъ.

Требованія военной службы и задачи воинской дисциплины не вносятъ сами по себѣ никакихъ измѣненій въ эти выводы, но условія дѣятельности войска создаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ какъ-бы исключенія изъ общаго правила. Воинская дисциплина должна воспитать солдата, создать въ немъ способность подчинять свою волю волѣ вождя. Неповиновеніе же воинской части доказываетъ (при предполагаемыхъ надлежащихъ качествахъ ея начальниковъ) совершенное отсутствіе этой способности; она не годна для войска, это лишь больной органъ, который надо отсѣчь; воспитывать эту часть поздно, ее можно только карать. Ужасами казней и палочными ударами надѣялись прежде создать войско, но отъ этой системы заставилъ отказаться долголѣтній опытъ [1]). Принудить человѣка дѣйствовать невозможно; нужно вызвать въ немъ самомъ желаніе дѣйствовать.

[1]) Не лишено въ этомъ отношеніи интереса сочиненіе французскаго военнаго писателя XVI в. Guillaume de Bellay „Discipline militaire“ (изд.

Но, какъ только что было сказано, мыслимы такія положенія, при которыхъ какъ будто приходится отказаться отъ высказанныхъ выше соображеній. Въ дѣйствительности отреченіе будетъ только кажущееся. Въ бою, въ рѣшительную минуту войсковая часть отказывается повиноваться и идти впередъ. Въ правѣ ли начальникъ обратить противъ нея оружіе? Да, но по совершенно особымъ причинамъ. Юридическимъ основаніемъ здѣсь будетъ служить невозможность спасти *реальное благо*, жизнь войска и государства, безъ посягательства на благо другихъ: иными словами, дѣйствія начальника въ этомъ случаѣ должны быть разсматриваемы и квалифицируемы, какъ учиненныя въ состояніи крайней необходимости (въ юридическомъ смыслѣ) [1]. Тождественное положеніе возможно и въ мирное время, когда дѣйствіе войска требуется не для учебныхъ цѣлей, а для охраны какихъ либо государственныхъ благъ отъ угрожающей имъ опасности и когда, такимъ образомъ, неповиновеніе войсковой части увеличиваетъ эту опасность. Неповиновеніе же командѣ учебной преступно и наказуемо, потому что оно заключаетъ въ себѣ *возможность* вреда, хотя реально и не создаетъ его [2]; оно преступно, потому что законъ предписываетъ повиновеніе, но не какъ цѣль, а лишь какъ средство; одна изъ задачъ дисциплины—повиновеніе воиновъ, но цѣль бы-

---

1592 г.), который признаетъ воинскими преступленіями только караемыя смертной казнью; изъ приводимаго же имъ перечня видно, что всѣ мыслимыя воинскія преступленія подлежатъ этому наказанію (стр. 216—219). Также заслуживаетъ вниманія приложенная къ цитированному выше сочиненію анонимнаго автора XVIII в. „Dissertation sur la subordination“ (изд. 1754 г.) переписка (надо думать, вымышленная авторомъ) съ нѣмецкимъ офицеромъ, который, отстаивая пользу палочныхъ побоевъ солдатъ, говоритъ, что эти побои облегчаютъ даже тягость строевыхъ упражненій, такъ какъ возбуждаютъ кровообращеніе и тѣмъ устраняютъ отёки, возможные при продолжительномъ однообразномъ положеніи.

[1]) Настоящій вопросъ совершенно не разработанъ въ военно-юридической литературѣ. Писатели, останавливавшіе свое вниманіе на юридической оцѣнкѣ вооруженнаго насилія начальника противъ неповинующагося подчиненнаго, хотя и высказываютъ мнѣніе сходное съ только что изложеннымъ, но не приводятъ никакихъ по этому поводу соображеній. Такъ, Brauer, Handbuch, s. 151 признаетъ въ этихъ случаяхъ и необходимую оборону и крайнюю необходимость; Dangelmaier, Die Mil. Verb. u. Verg. s. 15 — крайнюю необходимость; Weisl, Das Heeres Strafr. s. 158—159 — необходимую оборону въ интересахъ государства.

[2]) Это мнѣніе высказывается и Гл. Воен. Судомъ—рѣш. 1870 г. № 18, который отрицаетъ матеріальный вредъ даже при сопротивленіи, съ чѣмъ трудно согласиться.

тія войска не дисциплина, а вооруженная борьба. Посягательство на дисциплину, какъ воспитательную дѣятельность, немыслимо; неповиновеніе есть лишь нарушеніе нормъ дисциплинарнаго права, до тѣхъ поръ, пока оно не выражается въ дѣйствіяхъ, реально посягающихъ на неприкосновенность самого войска или государства.

Къ этому необходимо прибавить, что и при наличности состоянія крайней необходимости дѣйствія начальника не должны быть направлены противъ *отдѣльныхъ* подчиненныхъ, съ цѣлью вызвать тѣмъ страхъ и покорность остальныхъ. Основанія этого ограниченія лежатъ отчасти въ изложенныхъ выше соображеніяхъ, а съ другой стороны, въ томъ обстоятельствѣ, что такія мѣры во многихъ случаяхъ будутъ носить характеръ мести.

Употребленіе начальникомъ оружія, не будучи мѣрой предупредительной и лишь условно пресѣкающей, не можетъ, въ общемъ правилѣ, разсматриваться и какъ наказаніе за правонарушеніе. Для того, чтобы эти мѣры получили значеніе наказанія, необходимы слѣдующія условія: нужно, чтобы законъ военно-уголовный каралъ неповиновеніе смертной казнью или тѣлесными повреждѣніями; затѣмъ необходимо освободить отъ другихъ наказаній *раненаго* начальникомъ неповиновавшагося подчиненнаго и, наконецъ, законъ долженъ уполномочить начальника примѣнять въ извѣстныхъ случаяхъ по личному усмотрѣнію такія наказанія, которыя при иныхъ условіяхъ назначаются только судомъ.

При всей парадоксальности, на первый взглядъ, мнѣнія, признающаго наказаніемъ вооруженное насиліе начальника въ отношеніи неповинующагося, съ этимъ мнѣніемъ приходится считаться, такъ какъ одинъ изъ дѣйствующихъ военно-уголовныхъ кодексовъ, именно Австрійскій, какъ будетъ указано ниже, придаетъ подобнымъ дѣйствіямъ начальника значеніе уголовной кары.

Такимъ образомъ, разсматривая съ правовой точки зрѣнія насиліе начальника въ отношеніи пассивно неповинующейся войсковой части, внѣ случаевъ состоянія крайней необходимости, слѣдуетъ признать: что это насиліе не можетъ быть признано мѣрой предупредительной и карательной. При нѣкоторыхъ условіяхъ, какъ было указано, употребленіе силы получаетъ значеніе

мѣры пресѣкающей, но недопустимой по соображеніямъ юридическимъ (стр. 84—86).

Къ тѣмъ же выводамъ приводятъ соображенія о цѣлесообразности дѣйствій. Предположимъ, что законодатель признаетъ возможнымъ не вмѣнять въ вину начальнику употребленное имъ насиліе, *если оно*, повліявъ психически на окружающихъ, *склонило ихъ къ повиновенію*. Какъ же должны быть рѣшены тѣ случаи, когда этотъ результатъ не послѣдовалъ, когда неповиновеніе не только не прекратилось, но перешло даже въ возмущеніе открытой силою? Вѣдь тогда насиліе, вызвавшее эти послѣдствія, должно быть вмѣнено начальнику въ вину! Иначе сказать, правомѣрность употребленныхъ средствъ должна, при существованіи указанной нормы, быть поставлена въ зависимость отъ достиженія цѣли. Пояснимъ это примѣромъ: приложивъ этотъ критерій къ необходимой оборонѣ, мы вынуждены будемъ признать, что удары, нанесенные обороняющимся нападающему, только тогда невмѣнимы, когда они достигли цѣли, т. е. отразили нападеніе; въ противномъ случаѣ обороняющійся отвѣтственъ за нихъ. Не требуетъ доказательствъ, что такое рѣшеніе вопроса невозможно. Но съ другой стороны законодатель не можетъ оставить безъ разрѣшенія вопросъ о средствахъ борьбы съ преступленіемъ. Законъ цѣлесообразности, какъ одинъ изъ видовъ закона причинности, требуетъ употребленія такихъ средствъ, которые *способны*, по своему существу, вызвать желаемый результатъ. Этотъ принципъ сохраняетъ свою силу и въ области права. Отраженіе угражающей праву опасности средствами, создающими лишь случайную *возможность* достиженія правомѣрной цѣли, не можетъ быть допущено законодателемъ. На меня нападаетъ грабитель; при немъ на мѣстѣ нападенія находится его ребенокъ, остающійся спокойнымъ зрителемъ. Я, желая принудить нападающаго прекратить преступную дѣятельность, бросаюсь на этого ребенка и наношу ему удары. *Возможно предположить*, что чувство любви къ ребенку побѣдитъ преступные мотивы и нападающій прекратитъ насиліе въ отношеніи меня. Но мыслимо ли признать мое дѣйствіе цѣлесообразнымъ съ логической и юридической точекъ зрѣнія? Тоже слѣдуетъ сказать

и о насиліи начальника противъ отдѣльныхъ лицъ при пассивномъ неповиновеніе воинской части: это насиліе *можетъ* вызвать повиновеніе, но можетъ этой цѣли не достигнуть, и даже привести къ результатамъ противоположнымъ. Признать такія дѣйствія невмѣнимыми невозможно, такъ какъ невмѣненіе будетъ узаконять произволъ и преступленіе; поставить же вмѣненіе ихъ въ вину въ зависимость отъ наступленія вредныхъ результатовъ нельзя, такъ какъ этотъ вредъ будетъ созданъ непосредственно дѣйствіями не начальника, а подчиненныхъ. Верховный вождь или глава государства можетъ *помиловать* такого начальника, простить ему содѣянное *преступленіе*, но судъ долженъ вмѣнить его въ вину.

Допустимость и правомѣрность употребленія начальникомъ силы и оружія при *активномъ* неповиновеніи подчиненныхъ, выражающемся въ *дѣйствіяхъ* ихъ, препятствующихъ исполненію требованія или только доказывающихъ рѣшимость создать такія препятствія, — не возбуждаетъ сомнѣнія. Активно неповинующійся, по терминологіи нашего воинскаго устава — сопротивляющійся, посягаетъ всегда на какое либо реальное и, притомъ, охраняемое закономъ благо личное, общественное или государственное. Всѣ формы сопротивленія могутъ быть раздѣлены на два вида: сопротивляющійся или стремится къ осуществленію личнаго желанія не только вопреки закону, но и *вопреки повелѣніямъ и запретамъ представителей исполнительной власти*, или онъ силою *препятствуетъ дѣйствіямъ этой послѣдней, не посягая, однако, ни въ первомъ, ни во второмъ случаѣ непосредственно на личность повелѣвающаго.* Получитъ ли сопротивленіе ту или другую форму, оно предполагаетъ: во-первыхъ, *требованіе* повелѣвающаго, и во-вторыхъ, *дѣйствіе* этого послѣдняго, выражающее собой намѣреніе собственными силами достигнуть требуемаго, но не исполняемаго подчиненнымъ. Только тогда, когда это дѣйствіе начальника встрѣтитъ препятствіе въ личности и поступкахъ подчиненнаго, и когда, слѣдовательно, эти послѣднія получатъ значеніе сопротивленія, возникаетъ не только право, но юридическая обязанность побѣдить силу силой, такъ какъ въ войскѣ не можетъ быть сознательныхъ дѣйствій, реально отвергающихъ волю на-

чальника и верховнаго вождя. Требованіе начальника при бездѣйствіи его и одно дѣйствіе безъ требованія не даетъ состава сопротивленія и не уполномочиваетъ начальника употребить *оружіе*, если подчиненный бездѣйствуетъ или, хотя и дѣйствуетъ, но не выражаетъ намѣренія создать препятствій *дѣйствіямъ* начальника. Такъ, подчиненный убѣгающій, несмотря на приказаніе начальника остановиться, только не повинуется, а не сопротивляется; если же онъ, вбѣжавъ въ домъ, запретъ дверь, противопоставляя, такимъ образомъ, силѣ начальника физическое препятствіе, то будетъ виновенъ въ сопротивленіи.

Внѣшняя форма преступнаго сопротивленія военнослужащаго и юридическія условія его возникновенія дѣлаютъ еще болѣе очевиднымъ указанное выше различіе между дѣйствіями начальника при усмиреніи непокорнаго подчиненнаго и при отраженіи противозаконнаго нападенія въ состояніи обороны. При *сопротивленіи* всегда *отсутствуетъ элементъ нападенія на личность начальника* и въ большинствѣ случаевъ не возникаетъ опасности ни для жизни, ни для здоровья, свободы, имущества или чести. Если имѣетъ мѣсто нападеніе въ связи съ неповиновеніемъ, то дѣяніе подчиненнаго, будучи квалифицировано по принципамъ идеальной или реальной совокупности создаетъ право обороны въ полномъ ея объемѣ. Дѣйствія же подчиненнаго, который, положимъ, затворивъ дверь, отдѣляющую его отъ начальника, силой удерживаетъ ее вопреки требованію и давленію послѣдняго, создаютъ не право обороны, а право насилія во имя закона и закономъ возложенной на начальника обязанности охранять авторитетъ закона, авторитетъ вождя и свой личный, какъ представителя вождя. При оборонѣ юридическое отношеніе обороняющагося и нападающаго *опредѣляется* закономъ, но создается ихъ личными дѣйствіями вопреки закона, тогда какъ отношенія неповинующагося *подчиненнаго* и принуждающаго *начальника создаются* закономъ помимо ихъ воли, а противоправное дѣйствіе перваго лишь даетъ *поводъ* къ принудительному поддержанію *непрерывно существующихъ* отношеній подчиненности, которыя сопротивляющійся желаетъ нарушить. Другими словами,

цѣль обороняющагося—поставить преграду между собой и нападающимъ; цѣль принуждающаго начальника—разрушить преграду, воздвигнутую его подчиненнымъ. Это принципіальное различіе имѣетъ крайне существенныя юридическія и практическія послѣдствія. Оборона есть право, принужденіе—обязанность; непринятіе мѣръ предохранительныхъ противъ возможнаго нападенія есть бездѣйствіе юридически безразличное; со стороны же начальника, предвидившаго сопротивленіе или возстаніе—бездѣйствіе преступно; обороняющійся имѣетъ право дѣйствовать, когда возникла опасность; начальникъ обязанъ предварительно потребовать повиновенія; для права обороны достаточна объективная противозаконность нападенія; для права принужденія необходима субъективная противозаконность сопротивленія, другими словами, принужденіе въ формѣ употребленія оружія или причиненія вообще какихъ либо тѣлесныхъ поврежденій недопустимо въ отношеніи невмѣняемыхъ [1]).

Право начальника употребить оружіе можетъ возникнуть также при спеціальномъ видѣ нарушенія военнослужащимъ своихъ обязанностей въ формѣ, доказывающей полное пренебреженіе и отрицаніе воли вождя, а именно: при бѣгствѣ во время боя. Невмѣнимость въ вину начальнику убійства или пораненія труса не поддается въ этихъ случаяхъ точному обоснованію. Предписаніе закона придаетъ такому дѣянію характеръ обязательности; невозможность поставить иныя препятствія бѣглецу, посягающему на цѣлость войска, позволяетъ разсматривать насиліе начальника какъ слѣдствіе крайней необходимости. При отсутствіи прямаго указанія закона, убійство начальникомъ убѣгающаго въ бою подчиненнаго должно быть признано извинительнымъ и невмѣнимымъ въ вину, при наличности же соотвѣтствущей нормы—правомѣрнымъ.

Вторая группа (см. стр. 81) невмѣнимыхъ въ вину посягательствъ со стороны начальника на личность подчиненаго, выражающихся въ стѣсненіи его свободы и воздѣйствіи на чувство чести и самолюбія (лишеніе

---

[1]) Вопросъ о сопротивленіи противозаконнымъ приказаніямъ начальника будетъ разсмотрѣнъ ниже.

внѣшнихъ знаковъ отличія и выговоры), образуетъ собой совокупность карательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ собственной властью начальника помимо участія какихъ либо судебныхъ учрежденій, и притомъ, къ дѣяніямъ безконечно разнообразнымъ по содержанію и потому не поддающимся точному опредѣленію въ законѣ. По совершенно справедливому мнѣнію профессора Кузьмина-Караваева, конструкція уголовнаго закона не можетъ имѣть примѣненія къ закону военно-дисциплинарному (прибавлю—въ тѣсномъ смыслѣ) въ виду особыхъ потребностей воинской службы [1]), гдѣ помимо уголовно-наказуемыхъ нарушеній, подлежатъ воспитательно-карательной репрессіи поступки, характеризующіе собой общее поведеніе военнослужащаго. Воспитательная цѣль карательныхъ функцій начальника, исключающая возможность определенія по содержанію дѣяній, наказуемыхъ внѣсудебнымъ порядкомъ, находитъ себѣ выраженіе въ томъ фактѣ, отмѣченномъ Kleemann'омъ, что дѣяніе не запрещенное и даже дозволенное можетъ при извѣстныхъ условіяхъ быть дисциплинарнымъ нарушеніемъ въ военномъ быту [2]).

Эта особенность нарушеній правилъ воинскаго поведенія оказываетъ существенное вліяніе на содержаніе дисциплинарной власти начальника и на условія невмѣнимости ему въ вину карательныхъ мѣропріятій въ отношеніи подчиненныхъ. Насколько въ дѣятельности власти судебной на первое мѣсто выдвигается квалификація инкриминируемаго дѣянія согласно установленной въ законѣ формулѣ матеріальнаго права, настолько при осуществленіи власти дисциплинарной преобладающее значеніе получаетъ формальная закономѣрность карательныхъ мѣропріятій.

Судъ, установивъ фактъ извѣстнаго правонарушенія, можетъ примѣнить къ нему санкцію закона уголовнаго только въ томъ случаѣ, если это нарушеніе отвѣчаетъ по своимъ признакамъ диспозиціи того же закона. Представитель власти дисциплинарной не стѣсненъ подобными условіями. Признаніе дѣянія подчинен-

---

[1]) Военное уголовное право стр. 110—112.
[2]) System des milit. Disciplin. Strafr. s. 18, § 19.

наго проступкомъ и назначеніе наказанія всецѣло зависитъ отъ усмотрѣнія начальника. Безусловно необходимо лишь соблюденіе формальныхъ предписаній закона: лицо карающее должно имѣть вообще карательную власть, во-вторыхъ, лицо наказуемое должно быть подчинено первому и, наконецъ, назначенное наказаніе не должно превышать полномочій начальника. Если эти условія соблюдены, то избраніе начальникомъ той или другой мѣры наказанія и рѣшеніе вопроса о томъ—подлежитъ ли поступокъ подчиненнаго наказанію или нѣтъ, зависитъ отъ мнѣнія начальника. Наложеніе взысканія за проступокъ подчиненнаго, подлежащій, по своему содержанію и юридическому значенію, судебному разслѣдованію, можетъ быть вмѣнено начальнику въ вину, но лишь какъ превышеніе власти. Наказаніе же подчиненнаго, хотя бы оно было признано совершенно неотвѣчающимъ важности вины, не должно быть вмѣнено начальнику въ вину какъ противоправное посягательство на личность наказуемаго, а можетъ лишь вызвать отмѣну сдѣланнаго распоряженія.

Изъ числа признаковъ матеріальной правомѣрности дисциплинарныхъ мѣръ можно указать слѣдующія. Наказаніе неизбѣжно предполагаетъ проступокъ лица наказываемаго; слѣдовательно, если проступка не было, если подчиненный не совершалъ никакихъ дѣйствій, подлежащихъ оцѣнкѣ начальника, то наказаніе такого подчиненнаго за отсутствіе, такъ сказать, проступка, должно быть разсматриваемо какъ преступное злоупотребленіе властью, какъ проявленіе произвола, подлежащее вмѣненію въ вину начальнику даже при соблюденіи имъ всѣхъ формальныхъ условій. Тоже слѣдуетъ сказать относительно случаевъ назначенія наказаній, не установленныхъ въ законѣ.

Заканчивая на этомъ изслѣдованіе причинъ невмѣненія въ вину посягательствъ со стороны начальниковъ на личность подчиненныхъ, въ силу лежащей на первыхъ обязанности, скажемъ нѣсколько словъ о другой формѣ правомѣрнаго насилія военнослужащихъ надъ лицами, не принадлежащими къ войску, въ случаяхъ народныхъ возмущеній, угрожающихъ безопасности государства, и при выполненіи обязанностей по спеціальной охранѣ.

Цѣль бытія войска—вооруженная борьба; дѣятельность же его опредѣляется волею верховнаго вождя. Эти два принципа служатъ основаніемъ правомѣрности предписанныхъ вождемъ дѣйствій, хотя бы они направлялись противъ согражданъ, разъ только эти послѣдніе посягаютъ на общественную или государственную безопасность. Съ точки зрѣнія военнаго права, дѣйствіе въ этихъ случаяхъ войска есть выполненіе одной изъ его функцій, вытекающей изъ самого существа его, и исполненіе воли вождя, т. е. одно изъ проявленій жизни войска. Цѣль этихъ дѣйствій опредѣляется всѣмъ содержаніемъ законодательства; условія дѣятельности — повелѣніемъ вождя или закона; способъ дѣйствія — основаннымъ на законѣ усмотрѣніемъ начальника, опредѣляющаго лишь частныя цѣли и пути къ ихъ достиженію. Дѣйствія войска внѣ этихъ границъ преступны, въ указанныхъ же предѣлахъ — обязательны, а слѣдовательно невмѣнимы въ вину ни начальникамъ, ни подчиненнымъ.

Частнымъ видомъ обязательнаго насилія военнослужащаго надъ третьими лицами, внѣ условій подчиненности, являются, наконецъ, дѣйствія, предпринимаемыя для защиты лицъ или имущества, ввѣреннаго спеціальной охранѣ точно указанныхъ въ законѣ чиновъ арміи, во время исполненія ими обязанностей по этой охранѣ. Употребленіе оружія часовыми и карауломъ, кромѣ случаевъ когда это оружіе обращается противъ бѣгущаго арестанта, отвѣчаетъ всѣмъ признакамъ необходимой обороны себя или правъ третьихъ лицъ. Указанное же исключеніе, за отсутствіемъ въ дѣяніи убѣгающаго, тѣмъ болѣе гражданскаго лица, посягательства на чье либо право, можетъ разсматриваться лишь какъ вызванное состояніемъ крайней необходимости. Служебное положеніе употребляющаго оружіе лица придаетъ, однако, этимъ дѣйствіямъ значеніе обязательности, отсутствующей въ дѣйствіяхъ частныхъ лицъ.

Намъ предстоитъ теперь прослѣдить, какъ разрѣшались и разрѣшаются затронутые въ настоящей главѣ вопросы въ исторіи военно-уголовнаго права и дѣйствующемъ военномъ законодательствѣ нашемъ и другихъ государствъ.

VI.

Въ основаніи права и даже обязанности насильственнаго принужденія къ повиновенію сопротивляющагося подчиненнаго, въ условіяхъ военнаго быта, лежатъ: понятіе войска, какъ единенія людей, управляемыхъ волею вождя, и полномочія начальника, обязаннаго передавать эту волю и требовать подчиненія ей индивидуальной воли повелѣваемаго, если воинское воспитаніе не выработало способности къ самобытному послушанію. Такимъ образомъ, реальнымъ объектомъ этой обязанности является личность подчиненнаго, субъектомъ же— личность начальника. Право принужденія принадлежитъ только начальнику. Какъ же опредѣлялось и опредѣляется это понятіе въ законодательствахъ? кого законъ признаетъ начальникомъ?

Въ памятникахъ русскаго военно-уголовнаго права постановленія объ отношеніяхъ начальниковъ и подчиненныхъ мы встрѣчаемъ впервые въ „Уложеніи или правѣ воинскаго поведенія" Шереметева 1701—1702 г., но не находимъ здѣсь опредѣленія понятія „начальникъ". Изъ содержанія 5 и 7 ст. названнаго военнаго кодекса можно заключить, что личности начальника противополагались, какъ подчиненные, солдаты; первые раздѣлялись на „вышнихъ" и „нижнихъ" (ст. 101), и внѣшнимъ признакомъ, опрерѣлявшимъ начала подчиненности, признавался чинъ: „другъ друга, по степенямъ чина, чтити и во всякомъ послушаніи быти и волю ихъ творити" (ст. 6 [1]). Различались, повидимому, начальники „свои" и другихъ частей (ст. 7 и 103); временное подчиненіе создавало въ полной мѣрѣ обязанность повиновенія (ст. 7).

Въ «Краткомъ Артикулѣ» (Меньшикова) 1706 г. проводится различіе между «Царскими генералами», которые, судя по редакціи ст. 2, гл. VI („надлежитъ *такожъ* Царскимъ генераламъ..."), признавались въ дисци-

---

[1]) По тексту „Уложенія", приложеннаго къ изслѣдованію М. П. Розенгейма „Очеркъ исторій воен. суд. учрежденій въ Россіи". Тамъ-же и „Краткій Артикулъ".

плинарномъ отношеніи начальниками всѣхъ, „которые по генералѣхъ командовать имѣютъ“ (ст. 3), и этими послѣдними.

„Артикулъ Воинскій“ Петра I (25 Апрѣля 1715 г.) [1]) даетъ несравненно болѣе точныя опредѣленія. Такъ, согласно арт. 25 и 26, законъ признавалъ начальниками въ отношеніи рядовыхъ всѣхъ офицеровъ полка и нѣкоторыхъ изъ нижнихъ чиновъ, а именно: «своего сержанта, фуріера, каптенармуса и капрала“. П. О. Бобровскій изъ сопоставленія текста 24 и 25 арт. выводитъ заключеніе, что въ отношеніи нижнихъ чиновъ право начальника было присвоено всѣмъ безъ исключенія офицерамъ, а не только своего полка [2]). Вполнѣ раздѣляя это мнѣніе, полагаемъ, однако, что оно въ большей мѣрѣ можетъ быть основано на содержаніи арт. 31, который говоритъ объ обязательности приказа офицера „другому, *который его чиномъ меньше*, или подчиненному...“ Не можетъ подлежать сомнѣнію, что законодатель, ставя обязанность повиновенія одного *офицера* другому въ зависимость отъ старшинства ихъ въ чинахъ, т. е. устанавливая, такимъ образомъ, отношенія подчиненности по званіямъ, не имѣлъ никакого основанія опредѣлять дисциплинарную зависимость нижнихъ чиновъ по признаку принадлежности къ одной съ повелѣвающимъ части войскъ [3]).

Въ уставѣ военно-уголовномъ 1839 г. (изд. 1864 г.) не содержится по разсматриваемому вопросу никакихъ постановленій. Текстъ 240 ст. даетъ лишь основаніе заключить, что изъ числа нижнихъ чиновъ признавались начальниками „свой унтеръ-офицеръ или фельдфебель“, но нельзя опредѣлить, какое значеніе придавалъ законъ выраженію „свой“.

Впервые было предложено до нѣкоторой степени точное опредѣленіе понятія „начальникъ“ сенаторомъ Капгеромъ въ „Проектѣ положенія о взысканіяхъ по пра-

---

[1]) Пользуюсь текстомъ по изданіямъ: П. С. З. 30 Марта 1716 г. № 3006, 1826 г. и по изслѣдованію П. О. Бобровскаго „Военное право въ Россіи.“

[2]) Указанное изслѣдованіе 1-й выпускъ стр. 200.

[3]) П. О. Бобровскій въ томъ-же смыслѣ истолковываетъ 31 арт. (вып. 1 стр. 232), но почему-то не принимаетъ его во вниманіе при разсмотрѣніи арт. 24 и 25.

виламъ военной дисциплины". Проектъ опредѣлялъ начальника, какъ лицо, „которое завѣдуетъ какою либо частью и отвѣтствуетъ за сохраненіе порядка въ оной" [1]) Опредѣленіе это не вошло въ „Положеніе объ охраненіи воинской дисциплины" (1863 г.), но при разсмотрѣніи Высочайше учрежденной Комиссіею (1866—67 г.) особенной части воинскаго устава о наказаніяхъ было признано полезнымъ включить его, хотя и въ иной редакціи, въ проектъ въ видѣ примѣчанія къ одной изъ статей (106) [2]). Редакція выработаннаго опредѣленія была слѣдующая: „подъ словомъ начальникъ слѣдуетъ понимать не только лицо, у котораго виновный находится подъ командой, но и всякаго другого военнослужащаго, которому учинившій преступленіе былъ подчиненъ во время совершенія сего преступленія, или который находился относительно виновнаго въ условіяхъ, опредѣленныхъ § 19 положенія о взысканіяхъ дисциплинарныхъ. Сверхъ сего признается начальникомъ вообще старшій въ чинѣ при совмѣстномъ отправленіи служебныхъ обязанностей" [3]). Но къ сожалѣнію это опредѣленіе не перешло въ дѣйствующее законодательство. Соединенное Собраніе Главныхъ Военнаго и Военно-Морского Судовъ, исключивъ примѣчаніе къ ст. 106, какъ не подлежащее внесенію въ военно-уголовный кодексъ, сохранило ст. 110, признававшую начальниками въ отношеніи нижнихъ чиновъ всѣхъ офицеровъ, а также гражданскихъ чиновниковъ военнаго вѣдомства во время исполненія послѣдними обязанностей службы, или состоящихъ въ одномъ полку или управленіи [4]). Хотя ст. 110 предусматривала лишь нарушенія чинопочитанія, но въ виду заголовка гл. 1 проекта «О нарушеніи воинскаго чинопочитанія и *подчиненности*», во вторыхъ, въ виду исключенія примѣчанія къ ст. 106 и, наконецъ, принимая во вниманіе мнѣніе Комиссіи, противъ котораго Соединенное Собраніе не возражало, а именно: «всякое неповинованіе есть вмѣстѣ

---

[1]) Дѣло Гл. Судн. Упр. I отд. I ст. къ № 1, 1861—1862 г. озаглавленное „Положеніе о порядкѣ и степени власти въ наложеніи взысканій..." стр. 69 и дѣло № 1 того-же отд. и стола 1862—1863 г.—„Подлинные журналы Высочайше учрежденнаго Комитета", стр. 14.

[2]) Сборн. законод. работъ стр. 309.

[3]) Тамъ-же стр. 551—552.

[4]) Тамъ-же стр. 640—648.

съ тѣмъ и нарушеніе чинопочитанія, съ другой стороны, всякое нарушеніе сего послѣдняго.... не можетъ быть совершено безъ нарушенія воинскаго повиновенія» [1]), въ виду всего этого, слѣдуетъ признать, что составители воинскаго устава полагали нужнымъ *присвоить* права *начальника* въ отношеніи *нижнихъ чиновъ*—всѣмъ офицерамъ и нѣкоторымъ гражданскимъ чиновникамъ военнаго вѣдомства; взаимная же подчиненность офицеровъ была оставлена ими безъ опредѣленія. Взглядъ Комиссіи на отношеніе офицеровъ и нижнихъ чиновъ соотвѣтствовалъ тексту закона, а именно: 408 ст. ч. III кн. I С. В. П. 1859 г., получившему впослѣдствіи подтвержденіе въ VI продолженіи того же свода, въ послѣдующихъ изданіяхъ воинскаго устава о наказаніяхъ (109 ст. XXII кн. изд. 1869, 100 ст. 2 и 3 изд.) и наконецъ, въ Приказѣ по Воен. Вѣд. 1891 г. 10 декабря № 345. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, однако, законъ не разъяснялъ: имѣетъ ли онъ въ виду начальническія отношенія, опредѣляющія собой порядокъ только чинопочитанія или въ равной мѣрѣ и подчиненности въ полномъ ея объемѣ. Мѣсто, занимаемое ст. 100 XXII кн. С. В. П., указываетъ какъ будто на то, что лишь оскорбленіе нижнимъ чиномъ офицера русской арміи влечетъ за собой наказаніе какъ за оскорбленіе начальника. Но съ другой стороны кассаціонная практика [2]) безъ колебаній признаетъ преступнымъ и наказуемымъ по 104 и послѣдующимъ статьямъ неповиновеніе нижнихъ чиновъ всякому офицеру, т. е., другими словами, признаетъ ихъ начальниками и уничтожаетъ такимъ образомъ всякое различіе между положеніемъ прямыхъ начальниковъ и начальниковъ по званію. Необходимость же разграниченія правъ начальниковъ въ собственномъ смыслѣ слова, и начальниковъ лишь по званію (всякій офицеръ. въ отношеніи нижняго чина), сознается не только при теоретическихъ изслѣдованіяхъ, но и на практикѣ. Въ послѣднее время этотъ вопросъ былъ предметомъ разсмотрѣнія въ Главномъ Военно-Судномъ Управленіи, ко-

---

[1]) Тамъ-же стр. 308.
[2]) Рѣш. Гл. Воен. Суда 1873 г. № 216, 1875 г. № 191 и 136, 1879 г. № 51 и 62, 1882 г. № 58, 1886 г. № 52, 1893 г. № 115.

торое, обсуждая случаи коллизіи приказаній начальниковъ, высказало слѣдующія соображенія: «признавать (же) на основаніи этой статьи (408 ст. ч. III, кн. I, 1859 г. по 6 продолж.), всякого офицера и каждаго унтеръ-офицера своей роты начальникомъ нижнихъ чиновъ въ *техническомъ* смыслѣ этого слова врядъ ли возможно, такъ какъ она, предписывая нижнимъ чинамъ смотрѣть на указанныхъ лицъ какъ на начальниковъ, вмѣстѣ съ тѣмъ вовсе не возлагаетъ, да очевидно и не можетъ возложить на послѣднихъ начальническихъ обязанностей и отвѣтственности въ отношеніи всѣхъ нижнихъ чиновъ, и не предоставляетъ имъ присвоенныхъ начальнику правъ (напр. права налагать взысканія). Такимъ образомъ, всѣ вообще офицеры и всѣ унтеръ-офицеры своей роты, будучи *по званію начальниками* и не состоящихъ въ ихъ вѣдѣніи нижнихъ чиновъ, *по существу ихъ правъ и обязанностей* являются, однако, лишь *старшими* [1]).

Кто же по дѣйствующему законодательству признается начальникомъ? Опредѣлены ли въ законѣ какіе либо общіе всѣмъ начальникамъ признаки, по которымъ во всякій моментъ военнослужащій могъ бы отличить начальника отъ старшаго или равнаго? Къ сожалѣнію приходится дать на эти вопросы отрицательный отвѣтъ. Можно указать признаки, присущіе лишь нѣкоторымъ группамъ начальниковъ, но далеко не всѣмъ и не во всѣхъ случаяхъ. Неопредѣленность же понятія „начальникъ" вліяетъ на неустойчивость отношеній военнослужащихъ и создаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ неразрѣшимыя сомнѣнія.

Законъ признаетъ начальниками въ отношеніи нижнихъ чиновъ—офицеровъ русской арміи (408 ст. ч. III, кн. I С. В. П. 1859 г. по 6 прод.) и унтеръ-офицеровъ

---

[1]) Отзывъ Гл. В. С. Упр. 6-го Марта 1901 г. № 1161—Начальнику Главн. Штаба, дѣло I отд. 1899 г. № 77.

На необходимость, въ принципѣ, подобнаго разграниченія указываетъ Damianitsch, Studien, s. 43. Заслуживаетъ въ этомъ отношеніи вниманія редакціи 242 ст. перваго проекта сенатора Капгера, въ которой устанавливалась обязанность военнослужащаго „безпрекословно повиноваться законнымъ приказаніямъ.... своихъ начальниковъ....". Генералъ-Аудиторіатъ внесъ въ эту редакцію еще большую опредѣленность, добавивъ послѣ „своихъ начальниковъ" слова „въ вѣдѣніи коихъ они состоятъ" (ст. 239 пр. Г. А.). Въ такомъ видѣ эта статья перешла и во второй проектъ (ст. 177, см. Сборн. законод. работъ, стр. 295), но въ воинскій уставъ не была внесена.

своей роты (50 ст. уст. о внутр. службѣ въ пѣх.). Въ этомъ опредѣленіи, какъ справедливо указано въ приведенномъ выше отзывѣ Главнаго Военно Суднаго Управленія, смѣшивается значеніе званія и должности. Всякій офицеръ—начальникъ, ротный командиръ тоже офицеръ; какое же различіе въ правахъ офицера вообще и командира части? По тексту закона—различія нѣтъ, такъ какъ право начальника, какъ таковаго, не можетъ быть частичнымъ. Предоставленная ему *власть* зависитъ отъ должности и связаннымъ съ нею кругомъ дѣятельности, но въ смыслѣ отношеній подчиненности всякій начальникъ можетъ быть лишь начальникомъ въ полномъ смыслѣ слова. Нельзя ли найти разрѣшеніе вопроса въ полномочіяхъ начальника, т. е. по совокупности предоставленныхъ ему правъ, опредѣлить его положеніе? Какъ будто этотъ путь вѣренъ: начальникъ есть тотъ, который имѣетъ право *приказывать* (1 и 2 ст. XXIII кн. С. В. П. 1869 г. изд. 3, 104—107 ст. XXII кн. того же изд. [1]); заключеніе Гл. Воен. Прокурора 15 янв. 1879 г. № 430, стр. 1—2), *наказывать* подчиненныхъ (54 ст. XXIII кн. и 85 ст. XVII кн. С. М. П.) и вмѣстѣ съ тѣмъ *обязанъ отвѣтствовать* за порядокъ ввѣренной ему части (ст. 1 и 4 XXIII кн. и XVII кн. С. М. П.; 173—175 ст. XXII кн. и XVI кн. С. М. П.). Но въ дѣйствительности эти признаки начальнической власти совершенно не разрѣшаютъ вопроса. Стремленіе дать опредѣленіе понятію „начальникъ“ имѣетъ исключительной цѣлью — указать такіе признаки, по которымъ подчиненный могъ бы всегда и безусловно рѣшить два вопроса — *имѣетъ ли право* данное лицо *приказывать* ему, или, другими словами — обязанъ ли онъ, подчиненный, повиноваться приказывающему, и во-вторыхъ, имѣетъ ли право этотъ приказывающій *наказать* его. Если же подчиненному вмѣсто отвѣта говорятъ: ты обязанъ повиноваться тому, кто имѣетъ право тебѣ приказывать и наказывать, то положеніе подчиненнаго дѣлается совершенно безвыходнымъ: вмѣсто отвѣта ему повторяютъ лишь поставленный вопросъ. Между тѣмъ, законъ долженъ дать такое

[1]) 1 и 3 ст. XVII Кн. С. М. П. изд. 1895 г. и 103—106 ст. Кн. XVI того-же свода изд. 1886 г.

опредѣленіе и указать такіе признаки, которые не могли бы ни въ какомъ случаѣ возбуждать сомнѣній, и притомъ характеризовали бы личность начальника въ отношеніи всѣхъ подчиненныхъ безъ различія ихъ званій. Эти признаки можно извлечь изъ постановленій нашего законодательства, но не изъ текста его (за небольшими исключеніями), а изъ общаго смысла и духа. На первомъ мѣстѣ приходится поставить признакъ отрицательный—положеніе начальника опредѣляется не чиномъ его, а должностью (20 ст. VII кн. С. В. П. изд. 1892 г.); затѣмъ слѣдуютъ два признака положительныхъ: начальникъ есть тотъ, который съ соблюденіемъ установленныхъ формальностей назначенъ для *обученія и (или) командованія* частью и который носитъ титулъ „начальника", „командира", „командующаго" или „завѣдующаго". Необходимыя формальности для сообщенія лицу правъ и власти начальника: Высочайшій приказъ о назначеніи и приказъ по части о вступленіи въ должность; титулъ опредѣляется тѣми же приказами, а въ отношеніи младшихъ офицеровъ — строевымъ уставомъ и распоряженіемъ командующаго начальника [1]).

Указанные признаки безспорны и ясны для каждаго. Второму признаку въ нашей арміи не удовлетворяютъ только начальники изъ нижнихъ чиновъ, фельдфебель и унтеръ-офицеры,—исключеніе, не нарушающее общаго правила. Военнослужащій, назначенный приказомъ и имѣющій одинъ изъ указанныхъ выше титуловъ, а также взводный унтеръ-офицеръ и фельдфебель имѣетъ право приказывать, наказывать и отвѣчаетъ за порядокъ въ части; онъ есть начальникъ въ техническомъ смыслѣ, независимо отъ постояннаго или временнаго назначенія, въ отношеніи всѣхъ чиновъ, состоящихъ въ командуемой имъ части.

Вторая группа начальствующихъ лицъ (съ обязанностями во всѣхъ случаяхъ лишь временными) опредѣ-

---

[1]) Во французской и бельгійской арміи установленъ особый порядокъ взаимнаго представленія всякаго вновь назначеннаго начальника и его подчиненныхъ, съ разъясненіемъ послѣднимъ ихъ обязанности повиновенія первому. Décret sur le service intérieur (20 Oct. 1892) p. 161—163 § 226, 227; Règlement sur le service intérieur (4 Oct. 1896) p. 116—119 § 212—216.

ляется также формальными условіями въ связи съ постановленіями уставовъ гарнизонной и внутренней службы, въ отношеніи точно указанной группы военнослужащихъ: комендантъ, дежурный по карауламъ (но не рундъ—сравн. §§ 230 и 238 и 180 уст. гарниз. службы), караульный начальникъ—съ момента пробитія сбора (§ 45); дежурный по части офицеръ (но не фельдфебель — сравн. §§ 344 и 381—387 и 409 устава о внутр. сл. въ пѣх.) и дежурный нижній чинъ по ротѣ (по эскадрону) (§ 410) съ момента вступленія на дежурство (§ 345).

Затѣмъ устанавливаются два спеціальныхъ признака, при помощи которыхъ нижніе чины и офицеры могутъ опредѣлить право лица *приказывать* и свою обязанность повиноваться. Этимъ признакомъ является для нижнихъ чиновъ—форма одежды, внѣшніе знаки отличія; для офицеровъ сверхъ того — выполненіе лицомъ приказывающимъ возложенной на него обязанности по охранѣ общественнаго и воинскаго благочинія. Лицо, носящее офицерское платье съ установленными для него внѣшними знаками, можетъ сдѣлать нижнему чину замѣчаніе за нарушеніе общаго порядка службы и общественнаго благочинія; всякій штабъ-офицеръ и генералъ можетъ сдѣлать такое же замѣчаніе оберъ-офицеру и всѣ эти лица имѣютъ право *приказать младшему идти подъ арестъ* [1]). По точному *смыслу* закона, офицеръ въ отношеніи нижняго чина и старшіе офицеры въ отношеніи младшихъ имѣютъ права *не начальника, а только право приказывать;* причемъ это право ограничено опредѣленной въ законѣ *цѣлью* приказанія — возстановить воинское или общее благочиніе. Ст. 51—53 XXIII кн. С. В. П. не устанавливаютъ никакого изъятія изъ общаго опредѣленія понятія „начальникъ", а лишь указываютъ „старшихъ", коимъ воинскіе чины, при извѣстныхъ условіяхъ, обязаны повиноваться.

Право приказывать не придаетъ еще лицу значенія начальника, такъ какъ это право не соединено съ властью карательной и обязанностью отвѣчать за поведеніе лица, обязаннаго повиновеніемъ, и слѣдовательно,

---

[1]) 51—53 ст. XXIII Кн. С. В. П. и 82—83 ст. XVII кн. С. М. П.

что крайне существенно, — *никогда и ни при какихъ условіяхъ не можетъ поглотить собою права начальника и обязанности повиновенія этому послѣднему.*

Наконецъ, можно указать на единственный случай, когда законъ ставитъ начальническія права, въ полномъ ихъ объемѣ, въ зависимость отъ старшинства въ чинѣ, именно при совмѣстномъ отправленіи службы лицъ или отрядовъ, отношенія которыхъ не опредѣлены въ законѣ (50 ст. XXIII кн. и 81 ст. XVII кн. С. М. П.).

Смыслъ закона, принципъ управленія единою волею вождя и необходимость неизмѣннаго порядка въ войскѣ заставляютъ признать безусловную справедливость того разграниченія *власти и положенія*, которое установлено въ приведенномъ выше заключеніи Главнаго Военно-Судного Управленія: офицеры русской арміи и унтеръ-офицеры своей роты, хотя и именуются въ законѣ начальниками, должны быть признаны въ отношеніи нижнихъ чиновъ лишь старшими, но имѣющими, по исключенію, право приказывать; начальниками же, въ техническомъ смыслѣ, являются только лица, на которыхъ возложена опредѣленная по содержанію служебная дѣятельность и коимъ присвоенъ одинъ изъ указанныхъ выше титуловъ, установленный закономъ, приказомъ, уставомъ или инструкціей. Какъ увидимъ далѣе, такое разграниченіе лицъ повелѣвающихъ, создаетъ возможность совершенно опредѣленнаго отвѣта на многіе практическіе и теоретическіе вопросы, остававшіеся до настоящаго времени неразрѣшенными.

Постановленія иностранныхъ законодательствъ также не отличаются ясностью и опредѣленностью въ разрѣшеніи настоящаго вопроса и провозглашаютъ крайне разнообразные принципы начальническихъ отношеній. Прямое опредѣленіе понятія „начальникъ" мы встрѣчаемъ лишь въ Австрійскомъ Dients-Reglement въ § 53, который признаетъ начальникомъ, безотносительно къ его званію, всякаго, кому согласно организаціонному раздѣленію (organischen Gliederung), служебной инструкціи или вслѣдствіе особаго предписанія присвоено право отдачи приказаній въ отношеніи лицъ, состоящихъ подъ его распоряженіемъ и, такимъ образомъ, являющихся его подчиненными. Это право, хотя и соединяется по

общему правилу со старшинствомъ въ чинѣ или званіи, но не обусловлено имъ. Затѣмъ § 54 устанавливаетъ начальническія отношенія (а не одно право приказанія) въ случаяхъ, соотвѣтствующихъ указаннымъ въ 50 и 51 ст. XXIII кн. С. В. П. Военно-уголовный кодексъ проводитъ послѣдовательно различіе между начальникомъ и старшимъ въ смыслѣ нарушеній подчиненности и даже нѣкоторыхъ посягательствъ на личность (§ 145—156, 415 [1]).

Германское военное право, подобно нашему, различаетъ право приказанія и отношенія начальническія въ собственномъ смыслѣ, предоставляя первое значительно большему кругу лицъ по сравненію съ 50 ст. устава о внутренней службѣ и 408 ст. ч. III кн, I С. В. П. Такъ art. 16 Kriegsartikel f. d. H. (1872 г.) обязываетъ рядовыхъ повиноваться приказанію всякаго офицера и унтеръ-офицера, а этихъ послѣднихъ приказанію каждаго офицера, хотя бы эти лица состояли на службѣ въ другихъ частяхъ войскъ или даже во флотѣ. Съ другой стороны § 5 и 6 Disciplinar Strafordnung (1872 г.) даетъ основаніе полагать, что указанныя лица не признаются начальниками въ полномъ смыслѣ слова, такъ какъ власть дисциплинарная предоставлена только тѣмъ *офицерамъ* (но не унтеръ-офицерамъ, что совершенно точно устанавливаетъ § 7), которымъ поручено командованіе воинской частью съ отвѣтственностью за ея дисциплину, и только въ отношеніи лицъ, состоящихъ въ данной части [2]). Это подтверждается отчасти и мотивами къ военно-уголовному кодексу, согласно которымъ вопросъ о начальническихъ отношеніяхъ рѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ на основаніи существующихъ постановленій [3]). Однако, извѣстный комментаторъ германскаго

---

[1]) Какъ соотвѣтствующій § 148, карающему убійство или покушеніе на убійство начальника (см. Dalgelmaier, Die Milit. Verg. u. Verbr. s. 38; сравн. также Damianitsch, Studien s. 47, 48 и 49).

[2]) Brauer, Handbuch, s. 124—125 признаетъ начальникомъ, въ тѣсномъ смыслѣ, только состоящаго въ одной части съ подчиненнымъ; при выполненіи-же старшими обязанностей по охраненію дисциплины, эти послѣдніе получаютъ лишь значеніе начальниковъ. Hecker, Lehrbuch. s. 186, держится того мнѣнія, что старшинство въ чинѣ создаетъ начальническія отношенія лишь при прямомъ предписаніи закона.

[3]) H. Walde, Milit. Strafges. s. 29, § 89, n. 3, Hecker, Lehrbuch, s. 186.

военно-уголовнаго кодекса Solms высказывается въ иномъ смыслѣ и признаетъ начальникомъ всякаго военнослужащаго, уполномоченнаго закономъ отдавать приказанія[1]), т. е., другими словами, всякаго офицера въ отношеніи унтеръ-офицеровъ и рядовыхъ, и каждаго унтеръ-офицера въ отношеніи послѣднихъ (въ смыслѣ истолкованія закона къ этому мнѣнію присоединяется и Hecker, стр. 187 и слѣд.).

Кромѣ упомянутыхъ законодательныхъ опредѣленій, королевскимъ указомъ 30 октября 1854 г. установлены начальническія отношенія офицеровъ различныхъ классовъ (генералы, штабъ-офицеры и т. д.).

Наиболѣе точно опредѣлено положеніе лицъ начальствующихъ въ военныхъ законодательствахъ французскомъ и бельгійскомъ. Можно возражать противъ принципа, положеннаго въ основаніе правилъ подчиненности въ арміяхъ этихъ государствъ[2]), но никакихъ сомнѣній въ существованіи субъективнаго права приказа и обязанности повиновенія здѣсь возникнуть не можетъ. Во французской арміи декретъ 20 октября 1892 г. о внутренней службѣ въ пѣхотѣ, соединивъ права начальника со старшинствомъ въ чинѣ, во избѣжаніе всякихъ недоразумѣній перечисляетъ въ порядкѣ старшинства всѣ званія и чины отъ солдата до военнаго министра включительно (Principes généraux de la subordination). Бельгійскій Règlement sur le service intérieur ограничивается болѣе краткимъ постановленіемъ о значеніи старшинства въ чинѣ (стр. 2). При этомъ необходимо, однако, обратить вниманіе, что въ *терминологіи* военно-уголовныхъ кодексовъ этихъ государствъ установленный принципъ проведенъ недостаточно послѣдовательно. Какъ видно изъ Commentaire V. Foucher (стр. 702, § 1502), комиссія по составленію Code de justice militaire имѣла въ виду обязать повиновеніемъ всякаго младшаго *старшему*. Эту цѣль преслѣдовали также и составители бельгійскаго Code pénal militaire (1870 г.), какъ видно изъ комментарій Nypels (стр. 26 и 27). Между тѣмъ въ текстѣ

---

[1]) Strafrecht und Strafprocess (изд. 1883 г.) s. 89, p. 5.

[2]) См. Журналъ № 2 Высочайше учрежденнаго Комитета 1862 г. стр. 14—44.

закона французскаго проводится *различіе* между понятіями «начальникъ и «старшій», въ бельгійскомъ же кодексѣ эти понятія смѣшиваются. Такъ Code de justice militaire въ art. 217, 218, карающихъ различные виды неповиновенія, и въ art. 226, 227,—злоупотребленіе властью, употребляетъ выраженіе «chef», тогда какъ art. 221—224, говоритъ о нарушеніи чиночитанія въ отношеніи «supérieur». Бельгійскій же кодексъ пользуется тѣмъ и другимъ словомъ въ аналогичныхъ случаяхъ (art. 28 «supérieur», 29 — «chef»). A. Wilchelm повидимому отрицаетъ значеніе этого различія, такъ какъ утверждаетъ, что старшинство разныхъ чиновъ и даже въ одномъ чинѣ даетъ не только всѣ права на знаки уваженія, но и права командныя [1]).

Швейцарскій Réglement de service (1900 г. янв. 23) и Loi fédérale sur la justice pénal не содержитъ по этому вопросу никакихъ указаній; въ первомъ уставѣ встрѣчается выраженіе «chef» безъ всякаго объясненія его значенія (§ 10, 14 и друг.), въ военно-уголовномъ же кодексѣ употребляется слово «supérieur» (art. 48) и наряду съ нимъ «l'autorité civile».

Оцѣнивая содержаніе приведенныхъ постановленій русскаго и иностраннаго законодательствъ, невозможно признать терминологію ихъ и опредѣленія удовлетворительными ни въ теоретическомъ, ни въ практическомъ отношеніи. Въ С. В. П. понятія «начальникъ» и «старшій» нерѣдко смѣшиваются и не выражены точно. Формула австрійскаго закона болѣе другихъ отвѣчаетъ теоретическимъ и практическимъ пожеланіямъ, но установленное въ § 54 изъятіе въ значительной степени вредитъ ясности опредѣленія, даннаго въ § 53. Французская система и германская (въ отношеніи различныхъ классовъ) создаетъ положеніе, при которомъ исчезаетъ возможность управленія арміей, если принципъ этихъ системъ проводится въ жизни съ безусловной сторогостью. Каждый старшій въ чинѣ можетъ отмѣнить приказаніе низшаго и этотъ послѣдній будетъ обязанъ повиноваться даже вопреки распоряженія своего непосредственнаго начальника, тѣмъ болѣе, если этотъ послѣдній имѣетъ меньшій, по сравненію съ приказывающимъ, чинъ.

---

[1]) Commentaire, § 1328, 1330 и 1332.

Между тѣмъ право начальника—великое право; оно уполномочиваетъ его даже на лишеніе жизни сопротивляющагося подчиненнаго, оно создаетъ при извѣстныхъ условіяхъ невмѣнимость преступныхъ дѣйствій послѣдняго, совершенныхъ во исполненіе приказанія начальника. Предоставляя же лицу почетный и отвѣтственный титулъ начальника законъ не можетъ лишить его присущихъ ему полномочій въ отношеніи психическаго и физическаго принужденія. Если офицеръ—начальникъ каждаго нижняго чина, если законъ предоставляетъ начальнику право принужденія силой и оружіемъ непокорнаго подчиненнаго, необходимо признать за каждымъ офицеромъ *право* осуществлять это принужденіе, хотя бы цѣль его не отвѣчала совершенно цѣли непосредственнаго и прямого начальника. Вопросъ о коллизіи приказаній прямого и косвеннаго начальника будетъ разсмотрѣнъ ниже, но здѣсь мы должны установить: кому предоставляетъ законъ право на физическое принужденіе непокорнаго военнослужащаго? Вопросъ этотъ не только не былъ разрѣшаемъ въ военно-юридической литературѣ, но даже никѣмъ изъ военныхъ юристовъ, публиковавшихъ свои сочиненія, не возбуждался. Практическое же значеніе того или другого разрѣшенія его чрезвычайно велико: невмѣненіе начальнику въ вину насилія надъ подчиненнымъ всецѣло зависитъ отъ опредѣленія въ законѣ права на это насиліе. Право это слагается изъ элементовъ объективныхъ,—противозаконныхъ поступковъ подчиненнаго, и субъективныхъ, зависящихъ отъ служебнаго положенія лица, принуждающаго къ повиновенію. При составленіи воинскаго устава вопросъ о субъектѣ этого права былъ затронутъ, но въ очень тѣсныхъ границахъ, и данное ему разрѣшеніе, какъ выражающее собой лишь мнѣніе составителей, не получило обязательнаго значенія. Генералъ—Аудиторіатъ, разсматривавшій въ 1858—1859 годахъ первый проектъ сенатора Капгера, по поводу ст. 396 (соотвѣтствующій по содержанію и редакціи ст. 277 XXII кн. 1869 г.) нашелъ необходимымъ выяснить: какой начальникъ имѣетъ право убить неисполняющаго свой долгъ во время сраженія? и пришелъ къ заключенію, что «изъ самого изложенія этой статьи видно, что одинъ только началь-

никъ отряда и команды въ правѣ прибѣгнуть въ чрезвычайныхъ случаяхъ къ указанной въ этой статьѣ мѣрѣ» [1]).

За отсутствіемъ прямыхъ указаній по этому вопросу въ законѣ возникаетъ необходимость рѣшить его путемъ толкованія тѣхъ немногихъ постановленій, которыя опредѣляютъ права и обязанности начальниковъ въ отношеніи подчиненныхъ и находятъ себѣ мѣсто въ исторіи права и дѣйствующихъ законодательствахъ.

Мы видѣли выше, что Уложеніе Шереметева, хотя и ставило положеніе начальника въ зависимость отъ чина, но вмѣстѣ съ тѣмъ различало начальниковъ «своихъ» и другихъ частей. Это различіе не осталось безъ вліянія на постановленія Уложенія о правѣ начальника принуждать силою неповинующагося. Въ статьѣ 35 мы читаемъ: «въ походѣ имѣютъ ротмистры и капитаны такимъ подобіемъ людей вмѣстѣ содержати, чтобы никто безъ великой причины и ихъ позволенія изъ шеренги и строя своего не вышелъ, подъ ручнымъ боевымъ наказаніемъ отъ начальника». По изслѣдованію профессора Шендзиковскаго послѣднее выраженіе «подъ ручнымъ боевымъ наказаніемъ» произошло отъ невѣрности перевода съ Датскихъ артикуловъ, гдѣ говорится только о приведеніи въ порядокъ силою [2]). Внеся эту поправку мы всетаки видимъ, что Уложеніе предусматривало въ приведенной статьѣ случай насильственнаго осуществленія власти въ отношеніи нарушающихъ порядокъ. Указаніе на строй, шеренгу, «ихъ» (т. е. ротмистровъ и капитановъ) разрѣшеніе, не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что Уложеніе разумѣло здѣсь не офицеровъ вообще, а начальниковъ части, командировъ. Слѣдующая 36 статья, говорящая о правѣ «начальнаго» убить сопротивляющагося ему, стоитъ въ логической и грамматической связи съ предыдущей статьей: «А буде кто непослушенъ явитца, тѣхъ загнать силою начальному...» Другими словами, она предусматриваетъ случаи, когда «ручное боевое наказаніе» капитановъ и ротмистровъ не

---

[1]) Дѣло Гл. В. Судн. Упр. I отд. I стр. къ № 1, 1858—1861 г., озаглавленное „Журналъ Генералъ—Аудиторіата по проекту новаго воинскаго устава о наказаніяхъ“, журналъ 12 дек. 1859 г. стр. 144.

[2]) Конспектъ лекцій по истор. рус. воен. угол. закон.; стр. 21.

достигло цѣли. Статья 61 опредѣляетъ наказаніе за обнаженіе оружія «не по нуждѣ нападенія»... «кромѣ того, который начальный, для унятія зла *своимъ* подначальнымъ то учинитъ»; здѣсь опять говорится не о старшемъ въ чинѣ, не объ офицерѣ, а только о «начальномъ» и «подначальномъ».

Затѣмъ совершенно исключительное постановленіе встрѣчаемъ мы въ статьѣ 43, *обязывающей* какъ начальника, такъ и солдата убить уклоняющагося изъ трусости отъ сраженія, причемъ эта обязанность возлагается и на *подчиненнаго*, если трусость проявлена его начальникомъ.

Слѣдовательно, право принужденія силою и употребленіе оружія Уложеніе предоставляло *только* начальнику войсковой части и дѣлало исключеніе изъ этого правила лишь для случаевъ трусости въ бою, когда лишеніе жизни труса предписывалось (подъ угрозой смертной казни за невыполненіе этой обязанности) каждому воину, независимо отъ его званія.

Въ Краткомъ Артикулѣ Меньшикова мы читаемъ, что «могутъ *своимъ подчиненнымъ* съ грозою приказъ сказывать»—«всѣ тѣ, которые по генералѣхъ *командоватъ* имѣютъ» (ст. 3 гл. VI.), т. е. опять совершенно опредѣленно высказывается взглядъ, что право принужденія (въ данномъ случаѣ, повидимому, только психическаго, см. эту и 4 ст.) принадлежитъ только командующему начальнику. Это соображеніе находитъ себѣ подтвержденіе и въ ст. 5 гл. VIII, гдѣ трусливые и непокорные предупреждаются, что «не смѣлые и противные тотчасъ къ силѣ смерти, какъ у своихъ *собинныхъ* офицеровъ упадутъ, такожъ.... потомъ истинно смертную казнь.... терпѣти будутъ».

Артикулъ Петра I содержитъ лишь двѣ статьи, касающіяся вопроса о насиліи надъ подчиненнымъ, именно артикулы 33 и 79. «Такожъ никто изъ офицеровъ да не дерзнетъ *обрѣтающихся подъ своей командой* солдатъ, безъ важныхъ и пристойныхъ причинъ, которыя службѣ Его Величества не касаются, жестоко бить или уязвить». Редакція артикула не оставляетъ сомнѣнія, что законодатель предвидѣлъ возможность «важныхъ и пристойныхъ причинъ», которыя могутъ служить осно-

ваніемъ невмѣненія начальнику въ вину совершеннаго насилія. Но и въ этомъ случаѣ онъ разумѣетъ не всѣхъ начальниковъ, а лишь офицеровъ, употребившихъ эту мѣру въ отношеніи *«обрѣтающихся подъ* (ихъ) *командой»*. Конечно, подъ это опредѣленіе могутъ подойти военно-служащіе, состоящіе не въ одной войсковой части съ начальникомъ, въ виду артикула 31, но этотъ послѣдній лишь уподоблялъ всякаго офицера «своему» начальнику (т. е. командиру) и, во-вторыхъ, вводилъ крайне существенное условіе: «когда офицеръ... прикажетъ, что нужда и должность къ Его Величества службѣ требовать будетъ». Слѣдовательно, не касаясь вопроса о чинопочитаніи, слѣдуетъ признать, что обязанность повиновенія офицеру другой части, равная такой же обязанности повиновенія своему непосредственному или прямому начальнику, возникала лишь въ случаяхъ служебнаго приказа со стороны этого офицера. Артикулъ же 79 съ полной опредѣленностью говоритъ о приказаніи «своего офицера», которому и предоставлено право принужденія неповинующагося.

Въ уставѣ военно-уголовномъ предусматривается лишь одинъ случай употребленія оружія, внѣ выполненія спеціальныхъ обязанностей часового, конвойнаго и т. п., а именно—убійство офицеромъ во время сраженія рядового, не исполняющаго свою должность и обратившагося въ бѣгство (ст. 384 п. I). Въ отношеніи этой статьи закона заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что право офицера ограничено временемъ сраженія и можетъ найти примѣненіе только при бѣгствѣ рядового. При наличности этихъ двухъ условій безразлично состоятъ ли офицеръ и рядовой въ одной части войскъ.

Обращаясь теперь къ разсмотрѣнію работъ по составленію воинскаго устава о наказаніяхъ мы находимъ въ проектѣ сенатора Капгера (второмъ) статью 198, начинающуюся словами: «всякій начальникъ обязанъ, неисполняющаго свой долгъ, во время возмущенія, принудить къ тому силою...» [1]). Высочайше учрежденная Комиссія исключила эту статью изъ проекта, найдя, что она «не должна имѣть мѣста въ уставѣ о наказаніяхъ,

---

[1]) См. Сборн. закон. раб. стр. 307.

гдѣ не опредѣляются обязанности, а предусматривается ихъ нарушеніе» [1]). Затѣмъ въ главу о превышеніи и бездѣйствіи власти вошла статья 264 (258 ст. перваго проекта), которая опредѣляла субъекта преступленія словами—«кто, вопреки лежащей на немъ *обязанности*, оставивъ въ бездѣйствіи власть предоставленную ему самимъ закономъ....», и 265 ст., каравшая за употребленіе, при усмиреніи неповинующихся, оружія «....*безъ приказанія* своего или гражданскаго начальства, коему поручено усмиреніе...». Первая изъ этихъ статей предусматриваетъ бездѣйствіе власти, которое, по опредѣленію 260 ст. того же проекта, выражается въ «неупотребленіи военнымъ начальникомъ ... средствъ, для предупрежденія или прекращенія... безпорядка и предохраненія черезъ то государства, арміи или ввѣреннаго ему края, или *порученной ему команды или части*, отъ ущерба или вреда». Второй же статьѣ соотвѣтствуетъ ст. 259, признающая однимъ изъ видовъ превышенія власти — «распоряженіе, для коего нужно было *разрѣшеніе высшаго начальства*, безъ испрошенія сего разрѣшенія установленнымъ порядкомъ». Сопоставляя эти четыре статьи проекта слѣдуетъ заключить, что употребленіе оружія признавалось правомѣрнымъ, во-первыхъ, когда оно было основано на обязанности лица, и во-вторыхъ, когда эта крайняя мѣра была предписана начальствомъ. Другими словами, не только не всякій старшій, но и не всякій начальникъ былъ въ правѣ прибѣгнуть къ этой мѣрѣ, а лишь *обязанный* къ ея употребленію и *уполномоченный* дѣйствовать помимо приказанія высшаго начальника (кромѣ случаевъ предусмотрѣнныхъ 261 ст., когда должностное лицо, взявшее *на свою отвѣтственность* принятіе чрезвычайныхъ мѣръ, *докажетъ* безусловную ихъ необходимость). Во время сраженія эти ограниченія отпадали (ст. 309), что мы встрѣчали уже въ Уложеніи Шереметева и въ военно-уголовномъ уставѣ. Статья 572 (—277 ст. XXII кн. 3-го изд.) разграничила случаи употребленія оружія *въ бою* (п. 1) *и при возмущеніи* открытой силой и вооруженной рукой (п. 2). Въ отношеніи перваго случая

[1]) Тамъ-же стр. 316.

проектъ говорилъ: «когда начальникъ или *офицеръ*, во время сраженія, убьетъ или ранитъ подчиненнаго или *рядового...*»; при возмущеніи же упоминается лишь о правѣ «начальника». Надо полагать, что сенаторъ Капгеръ не случайно придалъ 1 и 2 пунктамъ этой статьи различную редакцію, тѣмъ болѣе, что такое разграниченіе находило себѣ нѣкоторыя историческія оправданія.

Высочайше учрежденная Комиссія включила 264 и 265 ст. проекта сенатора Капгера въ 149 ст. своего проекта (п.п. 1 и 7), но въ измѣненной редакціи: въ пунктѣ 1-мъ предусмотрѣно употребленіе оружія «безъ приказанія начальства, коему поручено усмиреніе», а въ пунктѣ 7-мъ совершенно не упоминается о субъектѣ дѣянія. Въ ст. 276 (—572 пр. Капгера) Комиссія, сохранивъ указанное выше разграниченіе («во время сраженія» и «во время возмущенія»), безъ всякаго объясненія исключила слова «офицеръ» и «рядовой» [1]). Это измѣненіе редакціи, которому Коммиссія не придала существеннаго значенія, получило, однако, совершенно особый смыслъ въ виду того, что въ остальныхъ частяхъ редакція была сохранена. Въ проектѣ сенатора Капгера, при противоположеніи въ п. 1—начальника или офицера—подчиненному или рядовому, было сказано во 2 пунктѣ объ убійствѣ «начальникомъ» «непокорнаго», т. е. очевидно подчиненнаго. Такъ какъ, во время составленія проекта, офицеръ, по своему званію, признавался начальникомъ рядового, то слѣдовательно составитель проекта имѣлъ въ виду предоставить право употребленія оружія *во время сраженія не только командному начальнику*, но и начальнику по званію. При возмущеніи же это право, по мысли составителя, должно было принадлежать только начальнику въ техническомъ смыслѣ. Въ редакціи же Комиссіи получился результатъ обратный. При возмущеніи «начальнику» противополагался «непокорный», а во время сраженія «подчиненный». Слѣдовательно, въ первомъ случаѣ право употребленія оружія предоставлено противъ неповинующагося, хотя и *не подчиненнаго*, а во второмъ случаѣ—

[1]) Стр. 514 и 614 Сборн. закон. работъ.

выдвигается признакъ подчиненности. Эта редакція перешла во всѣ изданія XXII кн.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что во всѣхъ военно-уголовныхъ кодексахъ, до изданія воинскаго устава 1869 г., и въ проектѣ этого послѣдняго правомѣрность употребленія оружія начальникомъ въ отношеніи подчиненныхъ вообще и нижнихъ чиновъ въ частности опредѣлялась двояко: во время сраженія это право предоставлялось всѣмъ прямымъ начальникамъ и каждому офицеру въ отношеніи рядового; расширявшійся въ этихъ случаяхъ кругъ уполномоченныхъ лицъ, захватывалъ даже, какъ мы видѣли, нижнихъ чиновъ, обязываемыхъ закономъ убить начальника, уклоняющагося отъ боя; внѣ боевой обстановки право употребленія оружія или силы предоставлялось только прямымъ начальникамъ и тѣмъ изъ не прямыхъ, которые вслѣдствіе особыхъ причинъ (приказъ по службѣ) заступали временно мѣсто *непосредственныхъ* начальниковъ. Субъектъ права во второмъ случаѣ опредѣлялся признакомъ «лежащей на немъ обязанности», возложенной, однако не на всѣхъ начальниковъ, такъ какъ употребленіе оружія «безъ приказанія» квалифицировалось какъ превышеніе власти. Только что указанное ограничительное условіе сохранилось и въ дѣйствующемъ законѣ (144 ст. п. 1) [1]) Отсюда очевидно, что редакція 277 ст. XXII кн. при буквальномъ ея пониманіи совершенно не отвѣчаетъ рѣшенію вопроса въ исторіи права и противорѣчитъ мысли составителя устава. Если бы Комиссія мотивировала сдѣланныя ею измѣненія редакціи, то мы должны

---

[1]) Редакція этого пункта 144 ст. крайне неудовлетворительна. Въ проектѣ сенатора Капгера ст. 265 предусматривала употребленіе оружія „безъ приказанія своего или *гражданскаго начальства, коему поручено усмиреніе.* Эта конструкція статьи была вполнѣ понятна, такъ какъ при народныхъ возмущеніяхъ, когда только и можетъ идти рѣчь о приказаніяхъ „гражданскаго начальства", принятіе необходимыхъ мѣръ усмотрѣнія „поручается" тому или другому чину административной власти (см. Наказъ Губернат. 1837 г. П. С. З. т. 12 № 10303, § 56; Положеніе Комитета Министровъ 1861 г. П. С. З. т. 36, № 37348, § 8, 11, 13; правила для войскъ, прилож. 2-е къ уст. гарниз. службы, § 16, примѣчаніе). При окончательной-же редакціи Высочайше учрежденная Комиссія исключила (безъ объясненія причинъ) слова „своего или гражданскаго", вслѣдствіе чего получился такой смыслъ: употребляющій оружіе долженъ ожидать приказанія отъ начальника, который въ свою очередь будетъ въ правѣ приказать, только въ томъ случаѣ, если ему поручено усмиреніе.

были бы считаться съ этой мотивировкой; но такъ какъ этимъ измѣненіямъ было дано значеніе лишь редакціонныхъ, то, полагаю, мы въ правѣ признать существующее изложеніе результатомъ недосмотра, тѣмъ болѣе, что въ другихъ постановленіяхъ военнаго законодательства и въ соображеніяхъ, положенныхъ въ основаніе этихъ постановленій, мы находимъ въ пользу таковаго предположенія нѣкоторыя доказательства.

Въ журналѣ отъ 11-го октября Высочайше учрежденнаго въ 1862 г. Комитета для разсмотрѣнія замѣчаній на проектъ положенія о взысканіяхъ по правиламъ военной дисциплины [1]) (проектъ составленъ тоже сенаторомъ Капгеромъ) мы читаемъ, что Комитетъ по поводу даннаго опредѣленія понятія „начальникъ“ (приведено выше стр. 98) высказалъ слѣдующія соображенія (стр. брошюры 16—17). «Такое значеніе слова начальникъ само собой опредѣляетъ тѣ отношенія, въ коихъ долженъ состоять къ нему подчиненный. Начальникъ, отвѣтствуя за сохраненіе порядка во ввѣренной ему части, долженъ естественно имѣть и власть, которая дала бы ему возможность содержать порядокъ и требовать соблюденія обязанностей службы. Отсюда истекаетъ и его право налагать взысканія на подчиненныхъ, или подвергать ихъ наказанію въ случаѣ неисполненія ими своихъ обязанностей».

Далѣе Комитетъ переходитъ къ выясненію правъ и обязанностей «старшаго»: «....старшій чиномъ, не будучи начальникомъ младшаго, не въ правѣ требовать безусловнаго отъ него повиновенія, ибо приказанія старшаго могутъ быть въ противорѣчіи съ приказаніями начальника и поставятъ младшаго въ безвыходное положеніе». Старшій имѣетъ, однако, право на уваженіе, и это право, «оправдываемое требованіями дисциплины, въ свою очередь даетъ старшему нѣкоторую власть къ поддержанію сего уваженія. Но эта власть можетъ и должна быть заявлена со стороны старшаго только при несоблюденіи младшимъ противъ него установленныхъ закономъ правилъ воинскаго чинопочитанія или нарушенія младшимъ въ его присутствіи общаго порядка

[1]) Печатная брошюра.

8*

службы или военнаго и общегражданскаго благочинія. Проявляемая въ этомъ случаѣ власть старшаго должна ограничиваться единственно мѣрами предупрежденія, оказывая, такъ сказать, отсутствующему начальнику, содѣйствіе къ поддержанію дисциплины и чести военнаго званія. Дальнѣйшее расширеніе власти старшаго едва ли необходимо и едва ли можетъ быть признано соотвѣтствующимъ устройству нашей арміи, въ коей уважается не столько чинъ, сколько званіе» (стр.17—18). Въ своихъ заключеніяхъ большинство членовъ Комитета высказало мнѣніе, что право напоминанія младшему о его обязанностяхъ «не должно предоставить каждому старшему въ чинѣ, а только однимъ генераламъ въ отношеніи штабъ-офицеровъ и оберъ-офицеровъ, штабъ офицерамъ въ отношеніи оберъ-офицеровъ, а оберъ-офицерамъ въ отношеніи нижнихъ чиновъ» (стр. 38—39). Наконецъ, по вопросу объ отвѣтственности нижнихъ чиновъ за оскорбленіе, въ указанныхъ случаяхъ, офицеровъ, «Комитетъ, принимая во вниманіе, что нижніе чины обязаны выраженіемъ полнаго и постояннаго уваженія *не только начальнику, но и всякому офицеру,* ....положилъ, что въ этомъ отношеніи не можетъ быть допущено никакого изъятія для нижнихъ чиновъ, виновныхъ въ оскорбленіи *кого либо изъ офицеровъ, хотя и не начальника своего»* (стр. 44).

Изложенныя соображенія Комитета убѣждаютъ насъ, что члены его, посвятившіе всю свою жизнь военной службѣ и, конечно, вполнѣ усвоившіе себѣ требованія и принципы этой послѣдней, нашли необходимымъ рѣзко разграничить содержаніе правъ и обязанностей начальниковъ и старшихъ, выполняющихъ лишь нѣкоторыя функціи первыхъ. При этомъ Комитетъ во всѣхъ случаяхъ, говоря объ отношеніяхъ офицеровъ вообще къ нижнимъ чинамъ, нисколько не уподобляетъ эти *отношенія по ихъ содержанію* начальническимъ; напротивъ, перечисляя «старшихъ», Комитетъ въ числѣ ихъ указываетъ и офицеровъ, которые, выполняя обязанности по возстановленію нарушеннаго благочинія, только «оказываютъ, такъ сказать, *отсутствующему начальнику* содѣйствіе». Лишь при опредѣленіи отвѣтственности нижнихъ чиновъ за нарушеніе *чинопочитанія* въ отношеніи офицеровъ, послѣдніе разсматриваются какъ начальники.

Заключенія Комитета послужили матеріаломъ для редакціи § 19 «Положенія о дисциплинарныхъ взысканіяхъ» 1863 года, опредѣленія котораго сохранились въ дѣйствующемъ законѣ, получивъ лишь иное распредѣленіе по статьямъ (первая часть § 19 тождественна 54 ст., а три послѣдующія части — 51 и 52 ст. XXIII ст. С. В. П. 1869 г. изд. 3). Только что приведенными соображеніями Комитета можно объяснить то обстоятельство, что 51 ст. XXIII кн., говоря лишь о «старшихъ», указываетъ затѣмъ на старшинство офицеровъ въ отношеніи нижнихъ чиновъ. Если бы каждый офицеръ всегда и во всѣхъ случаяхъ разсматривался какъ начальникъ, въ техническомъ смыслѣ, нижняго чина, то 3-й пунктъ 51 ст. былъ бы совершенно излишнимъ. Законодатель не нашелъ нужнымъ перечислять въ этой статьѣ—командировъ ротъ, баталіоновъ, полковъ и т. д., потому что права ихъ, какъ начальниковъ, не подлежатъ сомнѣнію. Въ отношеніи же офицеровъ, не прямыхъ начальниковъ, возникла необходимость особаго указанія и санкціи (ст. 52). Если же, наконецъ, мы обратимся къ редакціи 1, 4, 5 и 6 ст. XXIII кн., то замѣтимъ слѣдующее. Статья 1 обязываетъ «сохранять *во ввѣренной командѣ* порядокъ»; статья 4 указываетъ, что польза службы требуетъ отъ начальника охраненія «*въ командѣ* воинской дисциплины и порядка», отеческаго попеченія «о благосостояніи *ввѣренной команды*», вниманія къ нуждамъ «*своихъ* подчиненныхъ.» Непосредственно вслѣдъ за этими положеніями законъ обязываетъ «начальника» принимать мѣры принужденія противъ открыто неповинующихся и возмутившихся.

Все изложенное даетъ основаніе для слѣдующихъ выводовъ: 1) законъ различаетъ начальниковъ въ собственномъ смыслѣ слова и начальниковъ лишь по званію; 2) эти послѣдніе по существу ихъ правъ и обязанностей являются, по общему правилу, лишь старшими; 3) они пріобрѣтаютъ, по исключенію, нѣкоторыя права и обязанности начальниковъ только при условіяхъ, указанныхъ въ 50—52 ст. XXIII кн. С. В. П.; 4) старшіе, поименованные въ статьѣ 51, пріобрѣтаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ право принужденія силой и оружіемъ, согласно 5 и 6 ст., но лишь въ отношеніи «*оказавшихъ*

ослушаніе напоминанію старшаго, или приказанію его идти подъ арестъ; 5) внѣ этихъ условій право, предоставленное 5 и 6 ст. XXIII кн., принадлежитъ *только прямымъ начальникамъ* [1]).

Что касается иностранныхъ законодательствъ, то здѣсь, уполномоченные на употребленіе силы или оружія въ отношеніи неповинующихся указаны съ достаточной точностью лишь въ австрійскомъ кодексѣ, который въ рѣшеніи даннаго вопроса слѣдуетъ приведенному выше опредѣленію понятія «начальникъ» и допускаетъ отступленіе въ этомъ отношеніи лишь въ двухъ случаяхъ. Законодательства же Германіи, Франціи, Бельгіи, Швейцаріи и Италіи въ большей или меньшей степени создаютъ возможность произвола и значительно расширяютъ или суживаютъ, въ субъективномъ отношеніи, право насильственнаго принужденія.

Австрійскій кодексъ ставитъ рѣшеніе вопроса о субъектахъ права принужденія въ зависимость отъ условій мирнаго и военнаго времени. Въ мирное время право употребленія оружія предоставлено только начальствующимъ офицерамъ (vorgesetzte Officier) (§ 87, п. 659 Dienst-Reglem.). Въ военное же время это право распространяется на унтеръ-офицеровъ, но и въ этомъ случаѣ сохраняется признакъ начальствованія (см. § 257 Milit. Strafges.), хотя бы только въ смыслѣ § 54 Dienst-Reglement. F. Kleemann [2]), не указывая основаній, признаетъ это право лишь за унтеръ-офицерами флота, но § 257 уголовнаго кодекса не позволяетъ согласиться съ этимъ мнѣніемъ. Лишь въ двухъ случаяхъ законъ ограничиваетъ право употребленія оружія въ военное время офицерскимъ званіямъ и не требуетъ начальническихъ отношеній, а именно—для прекращенія грабежа въ военное время (§ 499 Milit. Strafges.) и для удержанія бѣгущихъ во время сраженія (§ 6, п. 35 Dienst - Reglement). Въ отношеніе второго случая существуетъ, однако, противорѣчіе въ законѣ: указанный

---

[1]) Исключеніе изъ этого правила можно допустить лишь въ отношеніи 5 п. 277 ст., такъ какъ во время сраженія, въ виду особой опасности неповиновенія и трусости, право употребленія оружія предоставлялось старшимъ независимо отъ ихъ начальническаго положенія; въ этомъ же смыслѣ былъ редактированъ проектъ сенатора Кангера.

[2]) System, s. 97.

пунктъ Dienst-Reglement предоставляетъ это право всякому офицеру (von den hinter der Gefechtslinie befindlichen Officieren), тогда какъ § 252 Milit. Strafges. (соотвѣтствующій п. 35) упоминаетъ только о «начальникѣ.»

Германскій военно-уголовный кодексъ устанавливаетъ общее правило какъ для мирнаго, такъ и для военнаго времени, но различаетъ право начальника и право офицера вообще. Первая часть § 124 Milit. Strafges. (соотвѣтствующая 2-й ч. § 21 Kriegsartikel) упоминаетъ лишь о «начальникѣ», вторая же часть распространяетъ права начальника на всѣхъ офицеровъ. Вслѣдствіе такой редакціи комментаторы [1]) дѣлаютъ заключеніе, что при условіяхъ, указанныхъ во второй части, начальники, унтеръ-офицеры, не въ правѣ употреблять силу или оружіе. Какъ увидимъ впослѣдствіи, при детальномъ разсмотрѣніи текста указанной статьи, редакція ея предоставляетъ офицеру, не начальнику, большія права, по сравненію съ начальникомъ унтеръ-офицерскаго званія. Можно думать, что причина такого различія лежитъ въ прежней редакціи § 185 Прусскаго военно-уголовнаго кодекса, который предусматривалъ право убить неповинующагося подчиненнаго и потому законодатель, желая устранить возможность необдуманнаго и неумѣстнаго употребленія такой мѣры, предоставилъ ее только офицерамъ [2]). Германскій же кодексъ, исключивъ изъ текста разрѣшеніе убить, а упоминая только объ употребленіи оружія, сохранилъ прежнюю редакцію статьи въ прочихъ ея частяхъ. Употребленное въ § 124 выраженіе «начальникъ», въ виду изложенныхъ выше (стр. 105—106) соображеній, можетъ, однако, вызвать недоразумѣнія, такъ какъ унтеръ-офицерамъ не присвоены всѣ права «начальниковъ». Съ другой стороны, за отсутствіемъ точнаго опредѣленія этого понятія, и такъ какъ § 16 Kriegsartikel присва-

---

[1]) Brauer, Handbuch s. 151—152; Fleck, — въ отношеніи соотвѣтствующаго § 185 Прусскаго воен. угол. код., Kommentar f. d. Strafges. f. d. Preussische Heer, изд. 1869 г. стр. 241—242.

[2]) Это соображеніе находитъ нѣкоторое подтвержденіе въ приведенномъ Fleck извлеченіи изъ „Verordnung über die Militairstrafen“ 1808 года, гдѣ право употребленія оружія предоставлялось только офицерамъ и указывалось на необходимость осторожности и сдержанности (Kommentar, s. 241).

иваетъ право приказывать лишь офицерамъ и унтеръ-офицерамъ,—можетъ возникнуть вопросъ: уполномочиваетъ ли § 124 M. St. начальника-ефрейтора или рядового въ равной степени съ начальниками высшихъ званій? Solms даетъ, хотя косвенно, утвердительный отвѣтъ [1]), съ чѣмъ, конечно, слѣдуетъ согласиться, такъ какъ степень обязательности повиновенія не можетъ зависѣть отъ званія начальника и, слѣдовательно, всякому начальнику должно быть предоставлено право борьбы съ неповиновеніемъ.

Въ швейцарскихъ войскахъ личность начальника, уполномоченнаго употребить силу и оружіе, опредѣлялась достаточно точно до изданія 30 декабря 1898 г. Articles de droit pénal militaire pour le service de paix. Эти Articles, получившіе значеніе устава, должны прочитываться при всѣхъ періодическихъ сборахъ воинскихъ частей и имѣютъ цѣлью ознакомленіе военнослужащихъ съ главнѣйшими постановленіями военно-уголовнаго кодекса. Будучи, однако, изданы законодательнымъ порядкомъ, они пріобрѣли силу закона и стали, такимъ путемъ, въ нѣкоторое противорѣчіе съ изданными ранѣе постановленіями по интересующему насъ вопросу.

Военно-уголовный кодексъ 1851 г., опредѣляя въ art. 57 личность управомоченнаго употребить силу или оружіе, хотя и пользуется терминомъ „supérieur", но во всѣхъ предыдущихъ статьяхъ присоединяетъ къ нему мѣстоимѣніе „leurs", что даетъ основаніе разумѣть здѣсь прямыхъ начальниковъ. Этотъ выводъ находитъ себѣ подтвержденіе въ редакціи art. 81, противополагающаго офицеру, какъ субъекту правомѣрнаго насилія во время сраженія,—подчиненнаго („ses subordonnés"). Въ законѣ же 30 декабря 1898 г. употреблено выраженіе „chaque supérieur" (art. 4). Если исходить изъ принципа, что законъ, позднѣе изданный, отмѣняетъ собой ранѣе существовавшій, то нововведеніе закона 1898 г. можно теперь считать утратившимъ силу, въ виду появленія 23 января 1900 года Règlement de service pour les troupes Suisses, который съ совершенной опредѣлен-

---

[1]) Strafrecht u. Strafprozess, s. 89, p. 5 (изд. 1883 г.)

ностью относитъ употребленіе силы или оружія къ обязанностямъ начальниковъ (des chefs, § 18). Но, за отсутствіемъ прямой отмѣны закона 1898 г., необходимо признать. что употребленіе оружія предоставлено не только начальникамъ, но и старшимъ, хотя бы другой части войскъ. Во время сраженія только офицеръ можетъ убить или приказать убить убѣгающаго труса (art. 81).

Въ законодательствахъ французскомъ, бельгійскомъ и италіанскомъ мы находимъ крайне неопредѣленныя по данному вопросу постановленія. § 301 французскаго устава о внутренней службѣ (Décret sur le service intérieur) и § 257 бельгійскаго Règlement въ самыхъ общихъ выраженіяхъ говорятъ объ обязанности старшаго употребить свое вліяніе и власть для прекращенія безпорядковъ. Нѣсколько восполняетъ эту неполноту art. 229 Code de justice militaire, предусматривающій нѣкоторые случаи правомѣрнаго насилія. Изъ этой статьи мы можемъ, между прочимъ, заключить, что законъ дѣйствующій отказался отъ принципа, установленнаго законодательствомъ конца XVIII вѣка, именно 12 мая 1793 г. и 21 брюмера V года (11 ноября 1796 г.), которое по данному вопросу имѣло въ виду отношенія не старшихъ къ младшимъ, а начальниковъ къ подчиненнымъ (subordonné, а не inférieur) [1]).

Италіанскій военно-уголовный кодексъ совершенно не опредѣляетъ служебнаго положенія лицъ, уполномоченныхъ къ принятію насильственныхъ мѣръ принужденія въ отношеніи военнослужащихъ, нарушающихъ воинскій порядокъ. Изъ art. 168 можно заключить, что это право предоставляется старшему, но съ другой стороны art. 117 возлагаетъ обязанность по усмиренію мятежниковъ и возмутившихся на каждаго военнослужащаго (тождественныя постановленія были въ Сардинскомъ кодексѣ art. 154 и 108).

Такимъ образомъ, мы видимъ, что военно-уголовныя законодательства наше и другихъ государствъ оставляютъ безъ точнаго разрѣшенія чрезвычайно важный

---

[1]) Commentaire, V. Foucher, p. 722—723: Commentaire, Pradier-Fodéré, p. 533.

по своему значенію для войска вопросъ о субъектахъ права принужденія, чѣмъ создаютъ возможность произвола, вреднаго какъ для государства, такъ и для отдѣльныхъ лицъ, и, съ другой стороны, лишаютъ военнослужащаго увѣренности въ правомѣрности и невмѣнимости ему въ вину принятыхъ мѣръ. Можно выразить пожеланіе, чтобы при пересмотрѣ воинскаго устава о наказаніяхъ этотъ вопросъ остановилъ бы на себѣ вниманіе компетентныхъ лицъ [1]).

Опредѣленіе субъекта права принужденія само собой рѣшаетъ вопросъ о лицахъ, подлежащихъ этому принужденію, т. е. о подчиненныхъ, въ отношеніи которыхъ начальникъ въ правѣ употребить силу и оружіе. Подчиненность принуждаемаго составляетъ первое объективное условіе невмѣненія въ вину насилія, предпринятаго во имя лежащей на начальникѣ обязанности по охранѣ войскового правопорядка. Указанные выше признаки лицъ, облеченныхъ властью принужденія, устраняютъ необходимость особаго опредѣленія лицъ подчиненныхъ: военнослужащіе, въ отношеніи которыхъ особой группѣ лицъ предоставлены власть и званіе начальниковъ, въ техническомъ смыслѣ, — должны разсматриваться какъ подчиненные.

Вторымъ объективнымъ условіемъ правомѣрности насилія начальника является спеціальная, по своему содержанію, преступная дѣятельность подчиненныхъ. Къ опредѣленію этого второго условія мы и переходимъ теперь.

Вопросъ большого практическаго значенія о характерѣ той преступной дѣятельности подчиненныхъ, которая даетъ, по дѣйствующему законодательству, начальнику право на употребленіе силы и оружія, былъ предметомъ серьезно продуманной статьи въ «Варшавскомъ военномъ журналѣ» за 1899 г. № 2 подъ заглавіемъ «Употребленіе военнымъ начальникомъ оружія въ случаяхъ нарушенія долга подчиненности», автора, судя по содержанію статьи—военнаго юриста, скромно под-

---

[1]) Комиссія при Гл. Воен. Судн. Управ. 1890—1891 г. по составленію проекта воинскаго устава о наказаніяхъ не входила въ обсужденіе этого вопроса, см. Мотивы къ особенной части, т. III, стр. 182—187 и т. IV стр. 176—184.

писавшагося инициалами В. И. Въ выводахъ г-на В. И. есть нѣкоторыя невѣрности, объясняющіяся недостаточнымъ историческимъ матеріаломъ, бывшимъ въ его распоряженіи, но общее принципіальное рѣшеніе вопроса заслуживаетъ вниманія. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, будемъ вынуждены лишь повторить его соображенія и доказательства.

Отвѣтъ на поставленный вопросъ, какъ справедливо говоритъ г-нъ В. И., необходимо искать въ редакціи 5 и 6 ст. устава дисциплинарнаго и 4 и 5 п. 277 ст. воинскаго устава о наказаніяхъ. Въ первой изъ этихъ статей мы читаемъ: «въ случаѣ нарушенія общественнаго спокойствія или открытаго неповиновенія и возмущенія, начальникъ обязанъ неисполняющихъ свой долгъ принудить къ повиновенію силой или оружіемъ и принять всѣ зависящія отъ него мѣры для прекращенія безпорядковъ». Въ статьѣ же 6 сказано: «начальникъ не подлежитъ отвѣтственности за послѣдствія, когда онъ, для возстановленія порядка и дисциплины и для принужденія сопротивляющагося ему въ исполненіи долга, будетъ вынужденъ употребить силу или оружіе». Содержаніе 4 и 5 п. п. 277 ст. XXII кн. нѣсколько полнѣе: «смертоубійство, а также нанесеніе тѣлесныхъ поврежденій не вмѣняется въ преступленіе, сверхъ случаевъ, предусмотренныхъ общими уголовными законами еще и въ слѣдующихъ: .... 4, когда во время возмущенія открытою силою или вооруженною рукою начальникъ для возстановленія порядка будетъ вынужденъ....; 5, когда начальникъ во время сраженія убьетъ или ранитъ подчиненнаго, сопротивляющагося ему или обратившагося изъ трусости въ бѣгство, или побудившаго къ побѣгу другихъ, или распространившаго между военными чинами страхъ и безпорядокъ.... » [1]).

Статья 263 воинскаго устава о наказаніяхъ (и 304— воен. морск. уст. о наказ.) не вполнѣ совпадаетъ въ редакціонномъ отношеніи съ 5 п. 277 ст., такъ какъ говоритъ о непринятіи мѣръ „къ удержанію бѣгущихъ или къ побужденію неповинующихся идти противъ непріятеля...“

---

[1]) Тождественныя постановленія содержатся въ 5 и 6 ст. кн. XVII С. М. П. (изд. 1895 г.) и въ 5 и 6 п. 321 ст. кн. XVI того-же свода.

Такимъ образомъ, употребленіе оружія или силы предписывается начальнику, а причиненный имъ вредъ не вмѣняется въ вину, въ случаяхъ: 1) „нарушенія общественнаго спокойствія“, 2) „открытаго неповиновенія“, 3) „возмущенія“, 4) „сопротивленія“, 5) „возмущенія открытою силою или вооруженною рукою“, 6) „бѣгства трусливыхъ во время сраженія“, 7) побужденія къ побѣгу другихъ или распространенія страха и безпорядка, и 8) „неповиновенія“ приказанію идти противъ непріятеля. Слѣдовательно задача наша сводится теперь къ опредѣленію содержанія каждой указанной формулы. «Нарушеніе общественнаго спокойствія», не соединенное съ нарушеніемъ правилъ подчиненности, мыслимо лишь со стороны гражданскихъ лицъ, т. е. при народныхъ безпорядкахъ, такъ какъ участвующіе въ нихъ лица военныя будутъ виновны неизбѣжно, по крайней мѣрѣ, въ одномъ изъ преступленій, предусмотрѣнныхъ 105 и послѣдующими статьями XXII кн. [1]). Законъ (5 ст. XXIII кн.) можетъ разумѣть здѣсь лишь случаи употребленія *войсками* оружія по приказу ихъ начальниковъ, о чемъ будемъ говорить впослѣдствіи. Остальные семь пунктовъ имѣютъ въ виду примѣненіе начальникомъ силы въ отношеніи подчиненныхъ. Пункты 2 и 3 (—5 ст. У. Д.) предусматриваютъ «открытое неповиновеніе» и «возмущеніе». Законъ нашъ не знаетъ перваго изъ этихъ понятій, второе же мы находимъ въ 4 п. 277 ст. XXII кн., гдѣ юридическое значеніе его опредѣлено съ большой точностью: „возмущеніе *открытой силою или вооруженною рукою*“. Въ ряду статей, карающихъ нарушенія подчиненности, законъ употребляетъ выраженія: „неповиновеніе“, „сопротивленіе“, „явное возстаніе“ (ст. 105, 106 и 110); статья 107 предусматриваетъ особый видъ сопротивленія. Истолкованіе этихъ понятій даетъ намъ составитель воинскаго устава о наказаніяхъ, сенаторъ Капгеръ. Въ объясненіяхъ къ ст. 242 перваго проекта мы читаемъ слѣдующее (стр. 23): „ослушаніе противъ начальства суть

---

[1]) „Нарушеніе общественнаго спокойствія“ ни въ какомъ случаѣ нельзя смѣшивать съ „нарушеніемъ правилъ благочинія, буйствомъ или безчиніемъ“. „Буйство“ и „бунтъ, возстаніе“—въ юридическомъ смыслѣ не имѣютъ ничего общаго.

различные виды одного и того же преступленія, а именно нарушенія воинскаго повиновенія. Ослушаніе есть низшая степень неповиновенія и обнаруживается предъ начальствомъ на словахъ или на дѣлѣ изъявленіемъ намѣренія не исполнить приказанія, распоряженія или требованія онаго... Ослушаніе, соединенное съ упорствомъ, увеличиваетъ степень вины, а въ случаяхъ особенной важности признается за *сопротивленіе или открытое неповиновеніе*. Сопротивленіе можетъ быть или съ насиліемъ или безъ насилія и притомъ произведено или съ оружіемъ или безъ оружія. Сопротивленіе вооруженной или невооруженной рукой признается *возмущеніемъ или явнымъ возстаніемъ*, когда оно совершено цѣлою командою, полкомъ, баталіономъ или ротою, или многими, съ намѣреніемъ оказать соединенною силою противодѣйствіе начальству или принудить оное къ чему либо несогласному съ его долгомъ“. Статья же 247 того же проекта опредѣляла, что „*сопротивленіе* или *открытое неповиновеніе*, оказанное начальству въ числѣ болѣе трехъ вооруженныхъ или девяти невооруженныхъ людей, съ употребленіемъ однакожъ насилія, признается за *возмущеніе или явное возстаніе* противъ начальства“. Выраженіе „сопротивленіе“ употреблено талже въ ст. 245 и 246 этого проекта и въ ст. 242 — 244 проекта Генералъ-Аудиторіата. Такимъ образомъ, по толкованію сенатора Каптера между выраженіями „открытое неповиновеніе“ и „сопротивленіе“, во-первыхъ, и „возмущеніе“ и „явное возстаніе“, во-вторыхъ, можно поставить знакъ равенства. Значеніе этихъ терминовъ было сохранено и во второмъ проектѣ, гдѣ ст. 180 предусматривала «умышленное неисполненіе приказаній начальства..., когда таковое преступленіе не сопровождалось *открытымъ неповиновеніемъ...*», а ст. 186 п. 2 опредѣляла наказаніе за *сопротивленіе*. Понятія же «возмущенія» и «явнаго возстанія» разъясняются статьями 192, 193 и 194 этого же проекта: первая изъ нихъ предусматриваетъ «взаимное соглашеніе многихъ оказать сопротивленіе начальству» и признаетъ такое соглашеніе „заговоромъ къ возмущенію“ (слѣдовательно возмущеніе есть дѣйствительное сопротивленіе многихъ); статья 193 говоритъ „о возмущеніи цѣлой команды или

части оной, или явномъ возстаніи, учиненномъ многими, съ намѣреніемъ воспротивиться начальству соединенною силою", т. е. не проводить различія между „возстаніемъ" и „возмущеніемъ". Къ этому послѣднему виду нарушеній подчиненности 194 статья относитъ *сопротивленіе* съ оружіемъ въ числѣ болѣе трехъ, и безъ оружія въ числѣ болѣе девяти лицъ [1]).

Тождественныя выраженія были внесены сенаторомъ Капгеромъ въ проектъ „Положенія объ охраненіи воинской дисциплины и взысканіяхъ дисциплинарныхъ" и въ „Положеніе о взысканіяхъ дисциплинарныхъ" 6-го Іюня 1863 года (въ обоихъ случаяхъ статья 3-я).

Высочайше учрежденная Комиссія (1867 года) нарушила временно систему сенатора Капгера въ виду своеобразнаго мнѣнія о «сопротивленіи» какъ о «неповиновеніи органамъ власти начальника, а не ему лично" [2]), вслѣдствіе чего опредѣлила за сопротивленіе меньшую наказуемость по сравненію съ назначенной за неповиновеніе (тогда какъ въ проектѣ сенатора Капгера, отношеніе наказуемости было обратное). Но при пересмотрѣ воинскаго устава въ 1874 году законодатель возвратился къ системѣ составителя проекта устава и возстановилъ соотвѣтствующую постепенность наказаній [3]).

Сопоставляя все только что изложенное съ 5 и 6 ст. XXIII кн. и 4 и 5 п. 277 ст. XXII кн. С. В. П. слѣдуетъ придти къ заключенію, что выраженія „открытое неповиновеніе", „возмущеніе", „возмущеніе открытою силою и вооруженной рукой" имѣютъ въ виду: первое—дѣянія подчиненнаго, предусмотрѣнныя 106 и 107 ст. XXII кн., а второе и третье—преступленія, предусмотрѣнныя 107 и 110 ст., въ зависимости отъ числа участниковъ.

По вопросу о числѣ сопротивляющихся, какъ условіи употребленія оружія, нельзя, въ виду изложеннаго, согласиться съ авторомъ указанной выше статьи, который считаетъ необходимымъ сопротивленіе по крайней мѣрѣ двухъ лицъ (см. стр. 120 В. В. Ж.).

---

[1]) Сборн. законод. раб. стр. 300 и 304—305.
[2]) Тамъ-же стр. 315.
[3]) См. Заключеніе Главн. Воен. Прокур. по пересмотру воин. уст. о наказ. (1874 г.) стр. 51 и статьи 105—106 Воин. уст. о наказ. изд. 1875 г.

Справедливость предлагаемаго истолкованія терминовъ Уст. Дис. доказывается также тѣмъ, что въ другихъ статьяхъ законъ говоритъ: „сопротивляющійся" (ст. 277 п. 6 и 5). Единственное исключеніе мы находимъ въ 263 ст XXII кн., гдѣ употреблено выраженіе «неповинующійся». Принимая во вниманіе необходимость особыхъ мѣръ принужденія при дѣйствіяхъ войска «въ виду или при встрѣчѣ съ непріятелемъ» и употребленія законодателемъ термина „неповиновеніе", можемъ безъ всякаго противорѣчія признать, при боевой обстановкѣ, право начальника употребить оружіе въ случаяхъ совершенно пассивнаго неповиновенія, если оно выражается въ отказѣ „идти противъ непріятеля".

Въ мирное же время употребленіе начальникомъ силы и оружія *съ причиненіемъ тѣлеснаго вреда* подчиненному не подлежитъ вмѣненію въ вину только при *сопротивленіи* этого послѣдняго.

Кассаціонная практика не даетъ прямого отвѣта по этому вопросу, хотя изъ общаго смысла рѣшеній Главнаго Военнаго Суда можно заключить, что данное нами истолкованіе закона отвѣчаетъ взглядамъ высшаго кассаціоннаго учрежденія. Такъ, въ рѣшеніи 1887 года № 4 Главный Военный Судъ призналъ правильнымъ примѣненіе закона о бездѣйствіи власти въ виновности офицера, который, будучи дежурнымъ по карауламъ, приказалъ содержащемуся подъ арестомъ матросу М. перейти изъ общей камеры въ отдѣльный карцеръ, а затѣмъ, когда М. не исполнилъ приказанія, обвиняемый, введя конвойныхъ и имѣя возможность *силою* принудить М., не принялъ надлежащихъ мѣръ къ усмиренію М., *сопротивлявшагося* отводу его въ карцеръ, а равно не принялъ мѣръ къ усмиренію тѣхъ арестованныхъ, находившихся въ той же камерѣ, которые дозволили себѣ мѣшать арестованію М., какъ заявленіями „бери всѣхъ, а его не дадимъ", такъ и *активными* дѣйствіями, *выразившимися въ наступленіи на конвойныхъ*, съ цѣлью недопустить ихъ арестовать М., вслѣдствіе чего отданное приказаніе осталось не приведеннымъ въ исполненіе. Другое рѣшеніе 1899 года № 67 состоялось по поводу употребленія оружія офицеромъ, получившимъ оскорбленіе дѣйствіемъ отъ нижняго чина, схватившаго его

за грудь и ударившаго по лицу. Судъ, разсматривавшій дѣло по существу, не вмѣнилъ офицеру причиненныхъ имъ тѣлесныхъ поврежденій нижнему чину, основываясь на ст. 6 XXIII кн. С. В. П. Но Главный Военный Судъ нашелъ такое истолкованіе закона неправильнымъ, „такъ какъ, хотя начальникъ имѣетъ право употребить силу или оружіе противъ подчиненнаго, но лишь въ случаѣ необходимости возстановить нарушенный подчиненнымъ порядокъ или принудить неповинующагося къ исполненію приказанія, т. е. при условіяхъ указанныхъ въ пунктѣ 4 ст. 277 XXII кн.; при отсутствіи же этихъ условій, сама по себѣ ст. 6 Дис. Уст. ...не даетъ начальнику права не только на совершеніе посягательства на тѣлесную неприкосновенность подчиненнаго, *нарушающаго* въ отношеніи къ нему чинопочитаніе и *подчиненность*, но и на унизительное съ нимъ обращеніе“. Косвенное отношеніе къ данному вопросу можетъ имѣть еще рѣшеніе 1884 года № 56, которое, будучи сопоставлено съ только что приведеннымъ, указываетъ на необходимость точнаго разграниченія постановленій 3 и 7 п. 144 ст. XXII кн.

Что же касается военно-окружныхъ судовъ, то, какъ можно видѣть изъ двухъ примѣровъ, приведенныхъ въ той же статьѣ г. В. И., они даютъ 5 и 6 ст. XXIII кн. истолкованіе, совпадающее съ изложеннымъ выше. Это толкованіе отвѣчаетъ также теоретическимъ соображеніямъ, составляющимъ содержаніе предыдущей главы, и находитъ себѣ опору въ постановленіяхъ иностранныхъ законодательствъ.

Французскій и бельгійскій уставы о внутренней службѣ не опредѣляютъ точно, какъ мы уже видѣли, права употребленія *оружія* даже и для военнаго времени, оставляя, такимъ образомъ, на усмотрѣніе начальниковъ выборъ необходимыхъ мѣръ. Но при этомъ они ставятъ ограниченія этому праву, опредѣляя характеръ дѣятельности подчиненнаго. Такъ, первый изъ указанныхъ уставовъ (§ 301) говоритъ о нарушеніи общественнаго спокойствія, а бельгійскій объ излишествахъ (excès) и безпорядкахъ (§ 257). Такимъ образомъ, эти уставы, хотя и не предусматриваютъ случаевъ употребленія силы и оружія при нарушеніяхъ подчиненности,

но требуютъ активнаго проявленія воли лица принуждаемаго [1]). Въ отношеніи французской арміи подлежитъ, между прочимъ, большому сомнѣнію право начальника лишить подчиненнаго жизни даже при крайнихъ формахъ сопротивленія. Это соображеніе вытекаетъ изъ того обстоятельства, что военно-морской кодексъ содержитъ особый § 365, предоставляющій это право начальнику судна *во время плаванія* и, по мнѣнію A. Wilchelm, какъ законъ спеціальный не допускаетъ распространительнаго толкованія [2]) и не можетъ найти примѣненія на сушѣ.

Швейцарскій военно-уголовный кодексъ упоминаетъ о правѣ насилія со стороны начальника въ art. 57, въ раздѣлѣ, предусматривающемъ возмущеніе и мятежъ, а art. 4 Articles 1898 г. употребляетъ выраженіе „возстаніе“ (révolte). Тождественное постановленіе содержится въ италіанскомъ военно-уголовномъ кодексѣ въ art. 168.

Германскій Milit. Strafges. § 124, не дѣлая различія для мирнаго и военнаго времени, говоритъ о принужденіи къ повиновенію въ случаяхъ „крайней нужды и неотвратимой опасности“ („im Fall der äussersten Noth und dringendsten Gefahr“) или, (вторая часть) когда повиновеніе „совершенно необходимо“ („durchaus nothwendig“). Послѣднее, нѣсколько смягченное по сравненію съ первымъ, выраженіе относится лишь къ офицерамъ, какъ субъектамъ права принужденія. Условія, опредѣляемыя первой частью, указываются законодателемъ, по мнѣнію Solms, альтернативно, хотя названный комментаторъ не отрицаетъ возможности иного толкованія [3]).

Очевидно однако, что законъ имѣетъ здѣсь въ виду квалифицированное неповиновеніе, не подходящее вполнѣ ни подъ одну изъ формулъ §§ 92—94 кодекса, такъ

---

[1]) Французское законодательство XVIII в. содержало по этому вопросу болѣе опредѣленныя постановленія. Такъ декретъ 28 авг. 1791 г. обязывалъ начальника къ троекратному прочтенію особой прокламаціи, призывающей къ порядку (п. 5 и 6), требовалъ составленіе особаго протокола съ изложеніемъ послѣдовательно всего происходившаго (п. 11.); Code des délit et de peines 21 брюмера V года также касался болѣе подробно этого вопроса—гл. VIII, art. 5 и 16 (см. Guide des juges militaires, Perrier, 1831 г.)

[2]) Commentaire, p. 81, § 1212—1213.

[3]) Тезисъ 5-й подъ § 124, стр. 121 комментированнаго кодекса.

какъ § 124 опредѣляетъ личность непокорнаго подчиненнаго словами „насильственно (упорно) сопротивляющійся“, („tätlich widersetzende“) [1]. Въ этомъ смыслѣ истолковываетъ данную статью Brauer [2] и Solms [3], который поясняетъ, что въ данномъ случаѣ слѣдуетъ разумѣть не нападеніе на начальника (§ 97), а такой видъ непокорности, который создаетъ возможность нападенія. Ближе всего подъ это опредѣленіе подойдетъ содержаніе § 96. Во всякомъ случаѣ, по смыслу закона, пассивное неповиновеніе не даетъ права на употребленіе оружія при отсутствіи крайней опасности.

Заслуживаетъ вниманія, что законодатель ставитъ ограничительныя условія въ зависимость отъ званія принуждающаго. По толкованію Brauer [4] *офицеръ* можетъ употребить оружіе, хотя бы дѣйствія подчиненнаго не угрожали „неотвратимой опасностью“; достаточно «совершенной необходимости»; между тѣмъ эта послѣдняя не даетъ еще права насилія начальнику, унтеръ-офицеру, который можетъ прибѣгнуть къ оружію только при „крайней нуждѣ и неотвратимой опасности“. Вопросъ о существованіи этихъ условій въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшается судомъ.

Австрійскій военно-уголовный кодексъ въ отдѣлѣ о нарушеніяхъ чинопочитанія и подчиненности (§ 145—171) не предусматриваетъ случаевъ употребленія оружія даже при мятежѣ и возстаніи. Согласно тексту закона эта мѣра допускается только при условіяхъ военнаго времени (§ 252, 254—255, 260, 264, 277, 282 и 499; послѣдній §, въ виду редакціи § 492, какъ бы даетъ возможность распространить право употребленія оружія и на мирное время). Damainitsch [5], высказывая тождественное мнѣніе, полагаетъ, однако, что изъ общаго смысла закона и, въ частности, изъ содержанія § 165 можно вывести заключеніе о допустимости употребленія оружія при мятежѣ и возстаніи. Въ пользу этого тол-

---

[1] Въ изданіи Томсена (1872 г.) эта статья, также какъ и нѣкоторыя другія, переведены неточно на русскій языкъ (сравн. § 61, 87, 88, 98, 114).

[2] Handbuch s. 151—152.

[3] Тезисъ 8-й къ § 124.

[4] Handbuch, s. 152.

[5] Studien, s. 109—110, примѣчаніе.

кованія служить также, по нашему мнѣнію, § 167, такъ какъ здѣсь въ числѣ признаковъ возстанія указывается на *вызванную имъ* необходимость *вооруженнаго противодѣйствія*. Но совершенно безспорно рѣшается этотъ вопросъ, какъ указываетъ Kleemann [1]), постановленіемъ § 659 Dienst-Reglement, гдѣ предусмотрѣны три случая правомѣрнаго употребленія начальникомъ оружія: при неповиновеніи во время тревоги, при дѣйствіяхъ войскъ по возстановленію общественнаго спокойствія и порядка, и наконецъ, *при насильственномъ сопротивленіи подчиненнаго*, если начальникъ не будетъ располагать иными средствами воздѣйствія.

Какъ было указано выше, австрійскій военно-уголовный кодексъ придаетъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, примѣненію начальникомъ силы и оружія значеніе наказанія непокорнаго подчиненнаго (см. § 255, 259, 264, 282).

Такимъ образомъ мы видимъ, что всѣ законодательства признаютъ непремѣннымъ условіемъ правомѣрности и невмѣнимости въ вину начальнику его насильственныхъ дѣйствій въ отношеніи подчиненнаго—активную форму неповиновенія, по крайней мѣрѣ для мирнаго времени и сверхъ того—отсутствіе другихъ средствъ къ поддержанію правопорядка и повиновенія (1 п. 144 ст. XXII кн.) [2]).

Затѣмъ, во всѣхъ арміямъ, въ томъ числѣ и въ нашей, допускается употребленіе оружія при бѣгствѣ военнослужащихъ во время сраженія.

Какъ разъяснило Главное Военно-Судное Управленіе, въ законѣ не указано, какія именно мѣры слѣдуетъ понимать подъ именемъ мѣръ чрезвычайныхъ въ ст. 5 и 6 XXIII кн. изъ чего слѣдуетъ, что выборъ въ этомъ случаѣ силы или оружія предоставленъ воинскимъ начальникомъ...., которые обязаны доказать послѣ при-

---

[1]) System, t. 97.

[2]) Съ удивительной точностью и въ указанномъ смыслѣ разрѣшался этотъ вопросъ Баварскимъ военно-уголовнымъ кодексомъ 1869 г., гдѣ art. 68 перечислялъ всѣ случаи употребленія оружія съ опредѣленностью, не возбуждающей никакихъ сомнѣній (Milit. Strafges. von C. Koppmann, 1870). Комментаторъ обращаетъ между прочимъ вниманіе на необходимость разграниченія дѣйствій начальника при усмиреніи неповинующихся и при оборонѣ (предусмотрѣнной art. 66)—стр. 77.

нятія подобныхъ мѣръ, что онѣ были правильны и необходимы [1]).

Наше военное законодательство XVIII вѣка также признавало причиной невмѣненія въ вину насилія со стороны начальника—выполненіе этимъ послѣднимъ обязанности по охраненію воинскаго порядка и повиновенія, причемъ законодатель говорилъ объ активномъ неповиновеніи. Такъ въ Уложеніи Шереметева ст. 36 не вмѣняла начальнику въ вину убійства подчиненнаго, который будетъ „противиться рукою или оружіемъ". Въ Артикулѣ Воинскомъ Петра I непосредственное отношеніе къ данному вопросу имѣлъ артикулъ 79: „если солдатъ когда отъ своего офицера въ строй посланъ будетъ и оному попротивится, и офицеръ принужденъ будетъ его уязвить: тогда вина та офицеру отпустится". П. О. Бобровскій видитъ въ дѣйствіяхъ подчиненнаго въ этомъ случаѣ „явное неповиновеніе" [2]). Выраженіе „противится" встрѣчается лишь въ арт. 27, предусматривающемъ высшую форму неповиновенія, соотвѣтствующую по крайней мѣрѣ „сопротивленію" дѣйствующаго устава.

Особымъ видомъ невмѣнимаго въ вину посягательства на жизнь подчиненнаго со стороны начальника можно признать предписаніе артикуловъ 94 и 99 „безъ процессу повѣсить" бѣжавшаго передъ непріятелемъ или перешедшаго въ непріятельскую армію. Какъ и въ дѣйствующемъ австрійскомъ военно-уголовномъ кодексѣ эту мѣру можно разсматривать лишь какъ наказаніе, назначаемое безъ суда, властью начальника и, слѣдовательно, приближающуюся къ категоріи наказаній дисциплинарныхъ.

Переходимъ теперь ко второму виду правомѣрныхъ и даже обязательныхъ посягательствъ на личность подчиненныхъ со стороны ихъ начальниковъ въ формѣ осуществленія дисциплинарной власти. По изысканіямъ Kleemann [3]) формальное выдѣленіе постановленій, опредѣляющихъ власть наложенія начальниками взысканій на подчиненныхъ безъ участія суда, должно отнести

---

[1]) Дѣло Гл. В. С. Упр. I отд. I ст., отзывъ отъ 4-го іюля 1875 № 4216 (отвѣтъ на запросъ Нач. Шт. Московскаго воен. окр.).

[2]) Указан. выше изслѣдов. вып. 2, стр. 732.

[3]) System des militärischen Disciplinar-Strafrechtes, Einlestung.

къ XV вѣку, къ эпохѣ Карла VII французскаго (1423—1461); фактически же эта власть существовала уже тысячелѣтія и можно полагать, какъ говоритъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, что „уголовно-судебный порядокъ опредѣленія наказаній развился въ войскѣ на почвѣ порядка дисциплинарнаго“ [1]).

Въ отношеніи нашей арміи можно видѣть зачатки законодательнаго опредѣленія карательной власти начальниковъ въ нѣкоторыхъ постановленіяхъ «Устава ратныхъ, пушкарскихъ и другихъ дѣлъ, касающихся до военной науки» 1607—1621 г., именно въ ст. 311, 317 и 319 части II [2]). Но, въ виду крайней неопредѣленности редакціи этихъ статей, нельзя сдѣлать сколько нибудь точнаго заключенія по данному вопросу, такъ какъ въ другихъ статьяхъ «Уставъ» указываетъ только случаи примѣненія смертной казни.

Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что дисциплинарная власть начальниковъ (въ смыслѣ наложенія взысканій) получила опредѣленіе въ законѣ лишь съ изданіемъ свода военныхъ постановленій въ 1859 году, когда въ приложеніи къ 230 ст. Устава военно-уголовнаго, образовавшаго V часть, были помѣщены «Правила о наказаніяхъ исправительныхъ по степени власти въ опредѣленіи оныхъ», отмѣнившія собой издававшіяся въ разное время постановленія по этому вопросу. Принципы, положенные въ основаніе этихъ «Правилъ», сохранили свою силу и до настоящаго времени. Объективныя и субъективныя условія правомѣрности взысканій, другими словами, условія невмѣнимости въ вину посягательствъ на личность подчиненныхъ, были опредѣлены вполнѣ точно. § 1—6 установили виды дисциплинарныхъ взысканій, въ § 7—18 была опредѣлена степень власти различныхъ начальниковъ, а § 19 поставилъ право наложенія взысканій въ зависимость отъ командованія начальникомъ воинской частью, въ которой состоитъ провинившійся. Редакція этого § 19 не

---

[1]) Воен. угол. право, стр. 108—109.

[2]) Старинный военный уставъ ратныхъ, пушкарскихъ и другихъ дѣлъ......... изд. 1777—1781 г. (библіотека штаба Варшавскаго военнаго Округа).

оставляетъ сомнѣнія, что начальствующіе изъ нижнихъ чиновъ не пользовались дисциплинарной властью. Нѣкоторыя наказанія (арестъ офицеровъ, отрѣшеніе отъ командованія, разжалованіе унтеръ-офицеровъ и лишеніе нашивокъ) могли быть опредѣляемы лишь письменными приказами (§ 4).

«Положеніе о взысканіяхъ дисциплинарныхъ» 1863 г. въ §§ 18 и 19 лишь повторило въ измѣненной редакціи § 19 «Правилъ» и предоставило право наложенія взысканій фельдфебелямъ и унтеръ-офицерамъ (§ 47 и 48). Относительно формальныхъ условій § 28 указывалъ лишь, что взысканія назначаются или письменно, или словесно, но не опредѣлялъ, какъ § 4 «Правилъ», какія именно взысканія требуютъ письменной формы, на что было обращено вниманіе при пересмотрѣ устава въ 1868 году [1]). Въ Уставѣ дисциплинарномъ 1869 г. этотъ пробѣлъ былъ восполненъ 68 и 69 ст., изъ которыхъ первая имѣла въ виду офицеровъ и требовала письменнаго распоряженія для всѣхъ взысканій за исключеніемъ замѣчаній и выговоровъ, а вторая въ отношеніи нижнихъ чиновъ допускала словесную форму только при наложеніи взысканій начальниками, власть которыхъ не превышаетъ власти баталіоннаго командира. Это правило сохранилось и въ дѣйствующемъ уставѣ для сухопутныхъ войскъ (ст. 64—65), а также въ военно-морскомъ дисциплинарномъ уставѣ (ст. 96—96).

Посягательства начальника на личность, свободу и честь подчиненнаго съ отступленіемъ отъ указанныхъ въ законѣ матеріальныхъ и формальныхъ условій утрачиваютъ характеръ правомѣрныхъ и подлежатъ вмѣненію въ вину (183—189 ст. XXII кн. С. В. П. 1869 г., изд. 3 и 183—189 ст. XVI кн. С. М. П.).

Въ смыслѣ соотвѣтствія началъ дѣйствующаго закона возможнымъ теоретическимъ пожеланіямъ, слѣдуетъ признать, что эти послѣднія находятъ себѣ по данному вопросу полное удовлетвореніе. Можно лишь указать на отсутствіе въ воинскомъ уставѣ постановленія, предусматривающаго случаи наложенія дисциплинарныхъ взысканій на подчиненныхъ завѣдомо невиновныхъ.

---

[1]) Замѣчанія Главныхъ воин. нач. на положеніе о дисциплинарн. взыск. стр. 92.

Постановленія иностранныхъ законодательствъ, опредѣляющія дисциплинарную власть начальствующихъ лицъ, могутъ быть раздѣлены на три категоріи по тѣмъ принципамъ, которые положены въ ихъ основаніе. Во французской арміи эта власть соединяется съ чиномъ, въ германской, австрійской и швейцарской—съ должностью, а особый порядокъ, существующій въ бельгійской арміи, занимаетъ посредствующее мѣсто между этими двумя группами, слѣдуя отчасти и первой, и второй системѣ. Французскій Décrét sur le service interieur опредѣляетъ (§ 302, I ч.), что „всякій военный можетъ быть наказанъ другимъ военнымъ старшимъ его по чину, хотя бы другой части войскъ и даже флота"; онъ же (а не непосредственный начальникъ) опредѣляетъ родъ и мѣру наказанія (§ 304). Коррективомъ такой безусловной зависимости всякаго младшаго отъ старшаго чиномъ является право командира полка уменьшить и совершенно отмѣнить назначенное наказаніе (§ 302, alin. 15). Нижніе чины выше рядового званія не лишены права налагать взысканія (§ 313 и 315). Письменная форма при опредѣленіи взысканій не требуется (§ 304 и 308).

Австрійскій Dienst-Reglement [1]) (§ 88, п. 660 и слѣд.), германскій Disciplinar Strafordnung für das Heer [2]) (D. St. für die Keiserl. Marine) § 5 и 6, и швейцарскій Réglement de service [3]) § 35 соединяютъ дисциплинарную власть съ должностью, и притомъ исключительно въ отношеніи лицъ, состоящихъ во ввѣренной данному начальнику воинской части. Унтеръ-офицеры имѣютъ право налагать взысканія только въ швейцарской арміи (§ 35); въ австрійской лишь при командированіи въ отдѣлъ (п. 664), въ германской—ни въ какихъ случаяхъ (§ 7) [4]). Въ австрійской арміи въ той же мѣрѣ ограничена власть субалтернъ-офицеровъ (п. 665), а по смыслу §§ 5—7 германскаго дисциплинарнаго устава можно заключить, что это правило принято и въ германской арміи. Заслуживаетъ вниманія и можетъ быть рекомен-

---

[1]) 1873 г. изд. 1900.
[2]) 1872 г. изд. 1900 г.
[3]) 1900 года.
[4]) См. Solms, Strafr. u. Strafproz. s. 375, p. 1 къ § 5.

довано къ принятію во всѣхъ арміяхъ правило австрійскаго дисциплинарнаго устава, лишающее начальника права наложить взысканіе на подчиненнаго, если этотъ послѣдній совершилъ внѣ службы проступокъ въ отношеніи того же начальника; въ этихъ случаяхъ наказаніе можетъ быть наложено слѣдующимъ высшимъ начальникомъ (п. 660, 3 ч.).

Бельгійскій уставъ по своей системѣ не можетъ быть отнесенъ ни къ первой, ни ко второй категоріи. По смыслу § 258 (Règlement sur le service interieur изд. 1896 г.) старшій въ чинѣ имѣетъ право признать поступокъ младшаго подлежащимъ наказанію и подвергнуть его предварительному аресту; опредѣленіе же рода и размѣра наказаній принадлежитъ прямымъ начальникамъ даннаго виновнаго военнослужащаго. Всѣ эти уставы не требуютъ письменныхъ распоряженій при наложеніи взысканій.

Намъ предстоитъ теперь разсмотрѣть, тотъ родъ невмѣнимыхъ въ вину дѣяній военнослужащихъ, которыя не находятся совершенно въ зависимости отъ установленныхъ въ войскѣ служебныхъ отношеній подчиненности. Основаніемъ невмѣненія этихъ дѣяній, какъ было уже указано, является выполненіе войскомъ или отдѣльными военнослужащими спеціальныхъ обязанностей по охранѣ общественной безопасности и установленнаго закономъ порядка. Въ задачу настоящей работы не входитъ рѣшеніе вопросовъ государственнаго и полицейскаго права объ основаніяхъ, условіяхъ и цѣляхъ примѣненія вооруженной силы для охраненія государственнаго строя отъ посягательствъ со стороны враждебныхъ ему внутреннихъ общественныхъ элементовъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи будутъ указаны лишь *условія* невмѣненія въ вину военнослужащимъ посягательствъ на личность своихъ согражданъ.

Во всѣ времена исторической жизни государствъ войско служило орудіемъ борьбы власти съ противозаконными массовыми посягательствами на установленный общественный порядокъ. Но до начала XVIII вѣка условія дѣятельности, въ этихъ случаяхъ, войска и поводы къ принятію крайнихъ насильственныхъ мѣропріятій со стороны власти опредѣлялись усмотрѣніемъ этой

послѣдней и военныхъ начальниковъ. По изысканіямъ F. van Calker [1]) лишь въ 1714 г. появился въ Англіи первый законъ, опредѣлявшій права и обязанности органовъ административной власти при употребленіи оружія, и вообще принужденія, въ случаяхъ народныхъ безпорядковъ. Этотъ законъ, извѣстный подъ названіемъ Riot Act, имѣлъ значеніе не только административное, но и уголовное, такъ какъ опредѣлялъ смертную казнь бунтовщикамъ. Таковыми законъ признавалъ лицъ, собравшихся въ числѣ двѣнадцати или болѣе, съ цѣлью нарушить общественное спокойствіе. Противозаконность собранія обязывала шерифа, его помощника, или мэра обратиться къ толпѣ съ воззваніемъ слѣдующаго содержанія: „Нашъ самодержавный король повелѣваетъ всѣмъ собравшимся немедленно разойтись мирно по своимъ домамъ или къ своимъ занятіямъ, подъ страхомъ наказанія, указаннаго въ законѣ, изданномъ королемъ Георгомъ въ первый годъ царствованія. God save the King“.

Добровольное исполненіе требованія власти ожидалось затѣмъ въ теченіе часа, по истеченіи котораго допускалось арестованіе всѣхъ собравшихся. Причиненныя во время арестованія упорствующихъ увѣчья или смерть не вмѣнялись въ вину представителямъ власти, которые получали даже награды за участіе въ усмиреніи бунта [2]).

Такимъ образомъ, этотъ законъ не опредѣлялъ дѣятельности войска непосредственно, но косвенно указывалъ на правомѣрность вмѣшательства вооруженной силы и на безотвѣтственность въ этихъ случаяхъ военныхъ начальниковъ.

Слѣдующимъ, по времени возникновенія, закономъ, послужившимъ прототипомъ для аналогичныхъ постановленій другихъ государствъ, Calker считаетъ Loi martiale 21 октября 1789 года, изданный во Франціи [3]). Но мы въ правѣ оспаривать по этому вопросу первенство у Франціи, такъ какъ 7-го ноября 1775 года въ

---

[1]) Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch, (1888 г.) s. 3.

[2]) Извлеченія сдѣланы изъ текста закона, приведеннаго въ названномъ изслѣдованіи Calker стр. 77—80.

[3]) Авторъ къ сожалѣнію не приводитъ его содержанія, а мнѣ не удалось найти текстъ этого закона.

Россіи былъ изданъ законъ, предусматривавшій случаи участія войска въ усмиреніи народныхъ волненій. Этотъ законъ не опредѣлялъ никакихъ подробностей, былъ очень краток, но тѣмъ не менѣе не можетъ быть оставленъ безъ вниманія. Мы имѣемъ въ данномъ случаѣ въ виду ст. 89 «Учрежденія для управленія Губерній Всероссійскія Имперіи» (1 П. С. З. т. 20, № 14392). Содержаніе этой статьи слѣдующее: „Если (Губернія) Намѣстничество пограничное, то (Главнокомандующему) Генералъ-Губернатору облежитъ бдѣніе и предосторожности отъ сосѣдей, и онъ въ случаѣ нужды беретъ надлежащія мѣры военныя. Въ таковыхъ распоряженіяхъ находящейся тамо военный командиръ его послушать долженъ, хотя бы былъ и старѣе, то же и въ случаѣ какого либо *ослушанія народнаго*, или во время язвы, или наводненія или пожара. Когда же отъ Императорскаго Величества поручится военное дѣло Воинскому Начальнику, тогда уже тотъ и отвѣчаетъ; но снабжать войско всѣмъ нужнымъ есть дѣло (Главнокомандующаго) Государева Намѣстника“. Въ другихъ статьяхъ не содержится никакихъ поясненій къ только что приведенной. Въ отношеніи ея содержанія слѣдуетъ замѣтить, что уже въ это время былъ установленъ, сохранившій силу и по нынѣ, принципъ независимости дѣйствій гражданскихъ и военныхъ властей. До момента употребленія войскомъ силы или оружія военный начальникъ обязанъ повиноваться гражданскому; но послѣ этого момента военный начальникъ дѣйствуетъ самостоятельно.

Болѣе подробныя правила о дѣйствіяхъ войскъ при народныхъ безпорядкахъ были даны въ «Положеніи для внутренней стражи» 3-го іюля 1811 года [1]), вошедшемъ затѣмъ въ измѣненной редакціи въ С. В. П. 1859 года, ч. Ш. кн. I. ст. ст. 463—474 (по С. В. П. 1838 года, ст. 896 — 905) и въ приложеніе къ ст. 463 по II продолженію той же книги подъ наименованіемъ «Устава о службѣ войскъ внутренней стражи».

Основныя положенія этихъ законовъ слѣдующія. Войска призываются, по общему правилу, только Гу-

---

[1]) П. С. З. т. 31. № — 24704.

бернаторомъ, по исключенію—Городничимъ, Полицеймейстеромъ и Земскимъ Исправникомъ, но послѣдними лишь въ размѣрѣ роты, не болѣе (§ 16 и 32 «Положенія»). Команды, не превышающія роты, могутъ быть требуемы словесно [1]) (§ 33). Употребленіе оружія допускается только при „самой крайности“ и не иначе какъ по приказанію гражданской власти (ст. 473 и 474 ч. Ш, кн. I). „Всѣ послѣдствія отъ употребленія внутренней стражи происшедшія... остаются на отвѣтственности того гражданскаго начальства, которое ее употребило“ [2]). Употребленію оружія долженъ предшествовать троекратный съ барабаннымъ боемъ призывъ къ порядку (п. 2 «Устава»); родъ оружія опредѣляется военнымъ начальникомъ (п. 5), который, при соблюденіи всѣхъ правилъ «Устава», не подлежитъ никакой отвѣтственности за послѣдствія (п. 6).

Въ 1861 году 16-го августа вышелъ новый законъ, отмѣнившій собою предшествовавшіе и установившій болѣе точно условія и порядокъ дѣятельности гражданскихъ и военныхъ властей при народныхъ возмущеніяхъ [3]). Статьи 3 и 4 этого «Положенія» перечисляютъ „чрезвычайные случаи“, дающіе гражданскому начальству право прибѣгнуть къ содѣйствію военной силы; статьи же 4 и 5 указываютъ лицъ, требованія которыхъ обязательны для военныхъ начальниковъ призываемыхъ командъ. По общему правилу право призванія вооруженной силы законъ предоставлялъ Губернаторамъ; по исключенію, „при безотлагательной необходимости“—чинамъ полиціи, Исправникамъ и Городничимъ. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ (п. 8 «Правилъ», приложеніе 2 къ уст. гарниз. службы) также предусмотрѣны случаи „крайней, неотложной необходимости“, при которыхъ исправники и полицеймейстеры уполномочены при народныхъ волненіяхъ непосредственно требовать войска, безъ предварительнаго разрѣшенія губернатора или градоначальника. Поэтому можетъ возникнуть вопросъ:

---

[1]) По II продолж. — всегда письменно (п. 2).

[2]) Инструкція баталіонному Командиру Губернскаго баталіона отд. III. ст. I. (приложена къ «Положенію».).

[3]) Высочайше утвержденное Положеніе Комитета Министровъ (распубликованное 24 Августа) П. С. З. т. 36, № — 37248.

въ какой мѣрѣ такія исключительныя требованія обязательны для военныхъ начальниковъ, и въ правѣ ли они входить въ обсужденія тѣхъ обстоятельствъ, которыя по мнѣнію чиновъ полиціи служатъ достаточнымъ основаніемъ для требованія войскъ помимо высшихъ гражданскихъ властей? Другими словами, можетъ ли военный начальникъ, убѣжденный въ отсутствіи „неотложной необходимости“, потребовать отъ исправника или полицеймейстера приказъ губернатора или градоначальника? Если законъ 1861 года оставляетъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя сомнѣнія, такъ какъ онъ указываетъ исчерпывающимъ образомъ случаи „безотлагательной необходимости“, то въ настоящее время поставленный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ только въ отрицательномъ смыслѣ. Пунктъ 8 «Правилъ» даетъ лишь примѣрныя указанія „необходимости“, предоставляя, слѣдовательно, чинамъ полиціи право признать эту послѣднюю и въ другихъ, не означенныхъ въ законѣ, случаяхъ; затѣмъ разрѣшеніе губернатора или градоначальника указывается закономъ какъ условіе дѣятельности исправника или полицеймейстера, но не военнаго начальника. Законъ не предписываетъ этимъ послѣднимъ предъявлять военному начальнику полученное отъ губернатора разрѣшеніе и, слѣдовательно, это послѣднее имѣетъ значеніе лишь для чиновъ полиціи, снимая съ нихъ всякую отвѣтственность за послѣдствія. Военное же начальство не уполномочено закономъ рѣшать вопросъ о цѣлесообразности дѣйствій полиціи, а лишь о формальной закономѣрности ея требованій.

Къ числу этихъ послѣднихъ ст. 7 «Положенія» относила: письменную форму требованія о содѣйствіи воинскихъ командъ, ст. 13 — порядокъ троекратнаго призыва возмутившихся къ порядку, причемъ въ этой статьѣ было указано и содержаніе воззванія, и наконецъ, ст. 16 — опредѣленіе гражданской властью момента перехода войскъ къ дѣйствію оружіемъ.

Дѣйствующія въ настоящее время «Правила о порядкѣ призыва войскъ для содѣйствія гражданскимъ властямъ» [1]) получили свою первоначальную редакцію

[1]) Приложеніе 2-е къ ст. 12 и 304 Уст. о гарнизон. службѣ изд. 1900 года и приложеніе къ 316 статьи II т. Св. Зак. изд. 1892 года.

въ законѣ 1877 года 3-го октября (П. С. З. № 57748). Существенныя особенности этихъ правилъ по сравненію съ ранѣе издававшимися заключаются въ слѣдующемъ. Статья 4 указываетъ точно должностныхъ лицъ, уполномоченныхъ къ призванію войскъ, тогда какъ прежде встрѣчалось иногда неопредѣленное выраженіе „губернское начальство". Статья 12 кромѣ письменныхъ требованій допускаетъ и словесныя черезъ довѣренныхъ лицъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда войска вызываются для усмиренія народныхъ возмущеній, гражданское начальство обязуется сообщать, кромѣ цѣли призыва, причины и размѣры безпорядковъ, а также о томъ — предусматривается ли возможность возникновенія другихъ безпорядковъ (ст. 14). Троекратное предвареніе неповинующихся о переходѣ къ дѣйствію оружіемъ возлагается на военное начальство (ст. 17).

Такимъ образомъ, употребленіе войсками оружія не вмѣняется въ вину военно-начальствующимъ лицамъ при соблюденіи трехъ формальныхъ условій: 1) должно быть предъявлено письменное или словесное требованіе со стороны указанныхъ въ «Правилахъ» должностныхъ лицъ гражданскаго вѣдомства; при отсутствіи такого требованія, или при некомпетентности лица его предъявляющаго (напримѣръ, если оно исходитъ отъ станового пристава или помощника полицеймейстера) военный начальникъ не въ правѣ назначить вооруженную команду для усмиренія народныхъ безпорядковъ, какъ бы они ни были значительны; 2) по прибытіи на мѣсто безпорядковъ военное начальство можетъ употребить силу или оружіе только по указанію гражданскаго начальства, за исключеніемъ точно указанныхъ двухъ случаевъ: отсутствія этого начальства на мѣстѣ (ст. 16) и нападенія возмутившихся на воинскую часть или на отдѣльныхъ лицъ (ст. 18); 3) насильственнымъ мѣрамъ въ формѣ употребленія холоднаго или огнестрѣльнаго оружія должно предшествовать троекратное съ барабаннымъ боемъ или сигналомъ на рожкѣ предвареніе неповинующихся, за исключеніемъ единственнаго случая, указаннаго въ ст. 18, когда предвареніе не обязательно.

Но кромѣ этихъ формальныхъ условій законъ устанавливаетъ еще условія матеріальныя, въ равной мѣрѣ

обязательныя, хотя крайне неопредѣленныя по своему содержанію. Въ ст. 17 «Правилъ» сказано: „способъ дѣйствія оружіемъ предоставляется вполнѣ усмотрѣнію военнаго начальника, но съ тѣмъ, чтобы къ огнестрѣльному дѣйствію вообще прибѣгать только въ случаѣ неизбѣжной необходимости, когда никакими другими способами нельзя будетъ прекратить безпорядковъ". Въ разъясненіе этихъ правилъ циркуляръ Главнаго Штаба 12 Августа 1898 года № 201 обращаетъ вниманіе „войскъ" (т. е. офицеровъ и нижнихъ чиновъ), „что употребленіе оружія въ мирное время, вызываемое крайними, указанными въ законѣ обстоятельствами, должно соотвѣтствовать воинскому достоинству и доблести, охраняя которыя, каждый солдатъ обязанъ помнить, что всякое напрасное, не вызываемое необходимостью и противное закону дѣйствіе силою въ отношеніи мирныхъ гражданъ, ложится темнымъ пятномъ на армію и влечетъ за собой строгую передъ судомъ отвѣтственность". Этотъ циркуляръ ссылается кромѣ того на 277 ст. XXII кн. С. В. П. и 1471 ст. Улож. о наказ угол. и исправ., которыя, однако, не даютъ никакихъ разъясненій. Изъ общаго смысла относящихся къ данному вопросу постановленій можно вывести лишь слѣдующія заключенія. Употребленіе воинскими командами оружія при народныхъ безпорядкахъ не вмѣняется въ вину начальнику команды и составляющимъ ее нижнимъ чинамъ, если они, при соблюденіи указанныхъ выше формальныхъ условій: 1) „точно исполняли возложенныя на нихъ обязанности" (7 п. 277 ст.), т. е. не перешли въ своихъ насильственныхъ дѣйствіяхъ за предѣлы, указанные имъ гражданской властью, не въ смыслѣ способа дѣйствій, который предоставляется усмотрѣнію военнаго начальства, но въ отношеніи цѣли дѣйствій, которая опредѣляется не военною, а гражданскою властью; 2) хотя въ ст. 17 «Правилъ» говорится лишь объ огнестрѣльномъ оружіи, къ которому дозволяется прибѣгать только въ случаяхъ „неизбѣжной необходимости", но въ виду приведеннаго циркуляра Главнаго Штаба слѣдуетъ распространить это ограничительное условіе и на холодное оружіе; 3) невыполненіе возмутившимися требованій власти, даже послѣ троекратнаго призыва къ по-

рядку, не даетъ еще само по себѣ права перейти немедленно къ дѣйствію оружіемъ, если нѣтъ „неизбѣжной необходимости“; такимъ образомъ, если цѣль можетъ быть достигнута наступленіемъ на толпу, насильственнымъ арестованіемъ, раздѣленіемъ возмутившихся на небольшія группы и т. п., то военное начальство *обязано* испытать эти мѣры; 4) *оскорбленія* команды и ея начальника со стороны возмутившихся не даютъ права на употребленіе оружія, если толпа не совершаетъ насилій; мстить вооруженная сила не можетъ, ея задача не личная, а государственная. Можно думать, что циркуляръ Главнаго Штаба, говоря о „воинскомъ достоинствѣ и доблести“, имѣлъ въ виду между прочимъ, и эти случаи, такъ какъ нападеніе съ оружіемъ на безоружныхъ *оскорбителей* не можетъ соотвѣтствовать воинскому достоинству; оружіе можетъ быть употреблено и противъ безоружныхъ, но только для защиты общества и государства; кромѣ этой цѣли оно можетъ найти примѣненіе при защитѣ жизни, здоровья, свободы и имущества отъ *насильственныхъ* дѣйствій возмутившихся, т. е. при общихъ условіяхъ необходимой обороны себя и третьихъ лицъ, но не для защиты чести, такъ какъ ст. 17 и 18 допускаютъ употребленіе оружія только для прекращенія *безпорядковъ* („народныхъ“ п. ж. ст. I), для спасенія лицъ, подвергшихся *нападенію* со стороны возмутившихся, и при *нападеніи* на войска.

Предписываемое циркуляромъ Главнаго Штаба ознакомленіе нижнихъ чиновъ съ узаконеніями, опредѣляющими случаи правомѣрнаго употребленія оружія, вызываетъ большой важности вопросъ: вмѣнимо ли въ вину чинамъ, составляющимъ воинскую часть, призванную для усмиренія народныхъ волненій,—употребленіе оружія *по приказанію* командмаго начальника, но съ нарушеніемъ всѣхъ или нѣкоторыхъ формальныхъ и матеріальныхъ условій, указанныхъ въ законѣ? Отвѣчаютъ ли *подчиненные*, если начальникъ перешелъ къ насильственнымъ мѣрамъ безъ предписанія гражданскаго начальства, или безъ троекратнаго предваренія (когда оно обязательно), или совершенно безъ необходимости? Въ виду избранной системы изложенія, отвѣты на эти вопросы могутъ быть даны лишь при разсмотрѣніи при-

каза, какъ причины невмѣненія въ вину въ военномъ быту, о чемъ будетъ сказано ниже.

Употребленіе оружія воинскими чинами, внѣ случаевъ нарушенія правилъ подчиненности, возможно еще при выполненіи войсками обязанностей караульной, конвойной, сторожевой и пограничной службы.

Дѣйствующій уставъ гарнизонной службы содержитъ по этому вопросу спеціальныя постановленія въ отношеніи часового (§ 153), караульнаго начальника (§ 183 и 206), конвойныхъ (§ 332) и сторожей (§ 10, «Правилъ» прилож. 3). Правила же, опредѣляющія случаи употребленія оружія чинами пограничной стражи, опубликованы въ законѣ 22 декабря 1897 года (Собр. узакон. и распоряж. № 170). Наконецъ, въ отошеніи унтеръ-офицерскихъ чиновъ полевыхъ жандармскихъ эскадроновъ соотвѣтствующія постановленія заключаются въ ст. 107 и примѣчаніи къ ней ч. II, кн. V. С. В. П. 1869 г. изд. 1891 года.

Всѣ перечисленныя законодательныя опредѣленія, за исключеніемъ относящихся къ чинамъ пограничной стражи, предусматриваютъ тождественные случаи и даютъ имъ однообразное разрѣшеніе. Законъ разрѣшаетъ употребленіе оружія указаннымъ лицамъ: 1) для защиты охраняемаго лица или поста (т. е. предмета или имущества), 2) для защиты самого себя и 3) противъ арестанта, совершающаго побѣгъ; чины же пограничной стражи —для отраженія нападенія и для задержанія лицъ, переходящихъ границу незаконными путями или слѣдующихъ въ предѣлахъ пограничной полосы съ товарами или ношами. Право употребленія оружія для защиты себя или порученныхъ охранѣ лицъ или предметовъ не требуетъ особыхъ объясненій, такъ какъ вытекаетъ изъ общаго права необходимой обороны при нападеніи на защищающагося или третьихъ лицъ. Здѣсь однако, можетъ возникнуть сомнѣніе: должны ли дѣйствія поименованныхъ лицъ разсматриваться какъ осуществленіе *права* или какъ выполненіе *обязанности*. Редакція закона даетъ какъ бы основаніе въ пользу перваго рѣшенія, такъ какъ говоритъ: „часовой, караульный начальникъ и т. д. *можетъ* употребить оружіе....“. Но содержаніе всѣхъ постановленій закона не оставляетъ

сомнѣнія въ томъ, что законодатель, избирая такую условную редакцію, имѣлъ въ виду не усмотрѣніе должностныхъ лицъ и, слѣдовательно, возможность отреченія отъ субъективнаго права, а руководился лишь желаніемъ предотвратить случаи употребленія оружія, при отсутствіи настоятельной къ тому необходимости. Если бы вооруженному насилію часовыхъ, конвойныхъ и т. д. законъ придалъ значеніе безусловной обязанности, то эти лица не имѣли бы права избирать какіе либо другіе способы дѣйствій. Между тѣмъ, во всѣхъ случаяхъ законъ въ той или другой формѣ говоритъ: „если возможно избѣгнуть употребленія оружія призывомъ помощи, или предупрежденіемъ покушающагося на преступленіе, то (часовой) обязанъ это сдѣлать". Съ другой стороны, самое назначеніе поименованныхъ лицъ — охранять порученное ихъ наблюденію, дѣлаетъ очевиднымъ, что мѣропріятія, имѣющія цѣлью защиту предмета охраны, составляютъ ихъ обязанность, отреченіе отъ которой преступно. Не защита сама по себѣ, а лишь способы ея осуществленія предоставлены усмотрѣнію часовыхъ, караульныхъ начальниковъ и т. д. Этотъ принципъ, какъ справедливо указываетъ Calker [1]), сохраняетъ свою силу и въ случаяхъ нападенія на самого часового. Всякое частное лицо, въ равной мѣрѣ и военнослужащій, можетъ отказаться отъ предоставляемаго ему права необходимой обороны и пожертвовать тѣмъ или другимъ благомъ. Но часовой, караульный начальникъ и т. д., отрекаясь отъ личныхъ благъ, при противозаконномъ на него посягательствѣ, приноситъ вмѣстѣ съ тѣмъ въ жертву интересы общества и государства, такъ какъ лишаетъ ихъ охраны. Спеціальныя *обязанности* службы поглощаютъ въ данномъ случаѣ субъективное *право* лица.

Очевидно, что здѣсь имѣются въ виду посягательства только на личность часового, на его физическое существо, такъ какъ преступный захватъ его частнаго имущества, не находящагося при немъ, или словесныя оскорбленія не только допускаютъ отказъ отъ защиты ихъ со стороны часового, но даже могутъ придать этому отказу характеръ неизбѣжности, если отраженіе на-

---

[1]) Das Recht des Militärs zum administrativen Wafengebrauch, s. 28.

паденія, по обстановкѣ даннаго случая, соединено съ нарушеніемъ спеціальныхъ обязанностей, напримѣръ, требуетъ покинутія поста.

Постановленія устава гарнизонной службы дополняются содержаніемъ 277 ст. XXII кн. С. В. П., которая въ п. 1, повторяя въ сжатомъ видѣ постановленія этого устава, объявляетъ не подлежащими вмѣненію смертоубійство и нанесеніе тѣлесныхъ поврежденій, учиненное при исполненіи обязанностей караульной и конвойной службы. Особый случай правомѣрнаго употребленія оружія часовымъ предусмотрѣнъ пунктомъ 2-мъ, который вызываетъ на первый взглядъ недоумѣніе, такъ какъ говоритъ объ „опасномъ мѣстѣ", не опредѣляя его признаковъ, и затѣмъ ставитъ дѣятельность часового въ зависимость отъ „особаго приказанія".

Комиссія по пересмотру воинскаго устава о наказаніяхъ (1890—1891 г.) подробно разсматривала редакцію 2-го пункта 277 ст. и пришла къ заключенію, „что пунктъ 2-й, перешедшій въ воинскій уставъ изъ устава военно-уголовнаго 1839 года, имѣетъ въ виду случаи, предусматриваемые въ § 48 устава о гарнизонной службѣ". Этотъ § какъ бы указываетъ тѣ „опасныя мѣста", гдѣ часовые должны имѣть оружіе постоянно заряженнымъ. Въ виду этихъ соображеній Комиссія придала соотвѣтствующую редакцію п. 2 проектированной 282[1] статьѣ. Признавая также неопредѣленнымъ выраженія „по особому о томъ приказанію", Комиссія замѣнила его фразой „при обстоятельствахъ, соотвѣтствующихъ даннымъ ему (часовому) наставленіямъ" [1]).

Не касаясь вопроса объ удовлетворительности проектированной редакціи, полагаемъ, что толкованіе, данное Комиссіею дѣйствующей 277 статьѣ не можетъ быть признано вѣрнымъ. Текстъ 2 п. этой статьи является, съ одной стороны, слѣдствіемъ существовавшихъ ранѣе, до изданія устава гарнизонной службы, правилъ, а съ другой — можетъ быть объясненъ простымъ недоразумѣніемъ. Мы не можемъ указать точно

---

[1]) Мотивы къ проекту т. IV стр. 179—184.

время, когда на часовыхъ была возложена обязанность окликать проходящихъ, но уже «Уставъ Воинскій о должности генераловъ....» 1716 года въ главѣ 62 й, статья 11, обязывалъ къ этому часового, который имѣлъ право стрѣлять послѣ третьяго оклика „хотя днемъ или нощію, во время миру или войны, ибо никто да не дерзаетъ часовому смѣяться и онаго дразнить". Это правило, какъ завѣтъ старины, сохранилось въ нашей арміи до 1859 года, когда Приказомъ по военному вѣдомству 7-го февраля № 34 было отмѣнено. Этимъ объясняется то обстоятельство, что въ проектѣ сенатора Кангера въ п. 4 ст. 572 было упомянуто объ „особомъ приказаніи" окликать, тогда какъ въ п. 3 ст. 384 Уст. воен. угол. это ограничительное условіе отсутствовало. Такимъ образомъ, 2 п. 277 ст. находится въ зависимости не отъ § 48 уст. гарниз. службы, а лишь отъ спеціально возложенной на часового обязанности не пропускать проходящихъ безъ опроса и, слѣдовательно, на тѣхъ постахъ, для которыхъ этой обязанности не установлено, часовой не имѣетъ права употреблять оружія противъ проходящихъ, хотя бы оставившихъ безъ отвѣта его окликъ.

Что же касается выраженія „въ опасномъ мѣстѣ", то оно вошло въ ст. 384 Уст. воен. угол., а отсюда и въ 277 ст. XXII кн., лишь случайно. Пунктъ 3 ст. 384 уст. в. угол. ссылается какъ на источникъ на 44 артикулъ „Артикула Воинскаго". Опредѣливъ безотвѣтственность часового, который убьетъ человѣка, не отвѣтившаго на двукратный окликъ, артикулъ говоритъ въ заключеніе: „однакожъ часовой во осмотрѣніи имѣть долженъ сіе чинить въ опасныхъ мѣстахъ". Если принять во вниманіе, что вся эта фраза написана въ подлинномъ экземплярѣ собственноручно Императоромъ Петромъ I, то значеніе ея станетъ совершенно яснымъ.

Артикулъ говоритъ о часовыхъ „въ обозахъ, городахъ и крѣпостяхъ", т. е. о мѣстахъ людныхъ, гдѣ выстрѣлъ часового можетъ принести вредъ людямъ неповиннымъ. Въ виду этого законодатель, дозволивъ часовому употребленіе оружія, нашелъ „однакожъ" необходимымъ предостеречь его и предписать ему „осмотрѣніе" въ опасныхъ (для постороннихъ) мѣстахъ. При со-

ставленіи же устава военно-уголовнаго, мысль Петра I была искажена, вслѣдствіе чего редакція закона возбуждала совершенно основательныя недоумѣнія.

При современномъ порядкѣ службы п. 2 ст. 277 можетъ найти примѣненіе только при наличности особаго приказанія начальствующихъ надъ караулами лицъ — окликать прохожихъ и употреблять оружіе противъ тѣхъ, которые не дадутъ часовому отвѣта.

По вопросу объ употребленіи часовымъ оружія въ отношеніи бѣгущаго арестанта слѣдуетъ имѣть въ виду совершенно правильное соображеніе Calker, что подъ арестантомъ въ данномъ случаѣ можно разумѣть только лицо уже арестованное и порученное наблюденію часового. Такимъ образомъ часовой не въ правѣ стрѣлять по преступнику, убѣгающему на его глазахъ послѣ совершенія преступленія, хотя бы его преслѣдовали чины полиціи [1]).

Въ законодательствахъ Германіи, Франціи и Швейцаріи содержатся по данному вопросу постановленія, сходныя съ дѣйствующими въ русской арміи. Въ Германской имперіи случаи и способы употребленія войсками оружія опредѣлены въ законахъ 17 августа 1835 г. и 20 марта 1837 года [2]), обязательныхъ для всѣхъ союзныхъ государствъ за исключеніемъ Баваріи, гдѣ имѣетъ силу спеціальный законъ 4 мая 1851 г. [3]). По закону 1835 года войска (§4) призываются при народныхъ безпорядкахъ гражданскими властями (ближайшимъ образомъ органы власти не опредѣлены), которыя разъясняютъ военному начальнику положеніе дѣла и указываютъ цѣль дѣйствія (§ 8, зак. 1837 г.), но время и способъ дѣйствія оружіемъ предоставляется усмотрѣнію военной власти (тотъ же § 8). Оружіе можетъ быть

---

[1]) Въ отношеніи права употребленія оружія приравниваются къ часовымъ дозоры и разъѣзды, наряжаемые отъ войскъ въ помощь полиціи, независимо отъ карауловъ (§ 319 уст. гарниз. службы), а также, въ виду прик. по воен. вѣд. 1891 г. № 71, и ночные обходы, высылаемые отъ войскъ согласно § 442 и слѣд. уст. о внутр. службѣ, если они одѣты въ караульную форму и имѣютъ при себѣ ружья (надо полагать — или шашки, если обходъ отъ артиллерійскихъ частей); незанесеніе чиновъ обхода въ постовую вѣдомость (§ 443) не лишаетъ его значенія и правъ караула (р. Гл. в. суда 1893 г. № 21).

[2]) Die Militär-Gesetze des Deutschen Reiches (изд. Прусскаго воен. министерства 1890 г. т. II, стр. 165—170).

[3]) Calker, Das Recht des Militärs zum admin. Waffengebrauch s. 54—58.

употреблено въ дѣло при вооруженномъ нападеніи на воинскую часть или при сопротивленіи ей (§ 9 зак. 1835 г. и § 2 зак. 1837 г.), а также при необходимости заставить возмутившихся положить оружіе, задержать убѣгающихъ арестованныхъ или спасти лицъ или имущество, которымъ угрожаетъ опасность (§§ 3—6 зак. 1837 г.).

По общему правилу войска дѣйствуютъ холоднымъ оружіемъ и переходятъ къ огнестрѣльному только по особому о томъ приказанію и при невозможности иначе достигнуть цѣли (§ 7). Дѣйствію оружіемъ должно предшествовать двукратное предупрежденіе съ барабаннымъ боемъ или сигналомъ на трубѣ (§ 8 зак. 1835 г.). Военный начальникъ обязанъ представить затѣмъ подробное донесеніе о всѣхъ обстоятельствахъ (§ 10 зак. 1835 г.).

Въ отношеніи карауловъ право употребленія оружія отчасти предусмотрѣно § 1 зак. 1837 г., а затѣмъ §§ 24 и 25 прусскаго устава гарнизонной службы и, наконецъ, военно-уголовнымъ кодексомъ, который въ § 125 приравниваетъ власть карауловъ къ власти начальниковъ и отсылаетъ къ разсмотрѣнному уже выше § 124 [1]).

Во Франціи дѣйствуютъ также два закона—7 іюня 1848 г. [2]) и 23 октября 1883 г. [3]). § 3 (1848 г.) и § 67 (1883 г.) перечисляютъ точно тѣхъ представителей гражданской власти, которые уполномочены призывать войска при народныхъ волненіяхъ, именно — префекты, супрефекты, мэры, ихъ помощники, предсѣдатели и прокуроры судовъ первой инстанціи и аппеляціонныхъ, а также ихъ помощники, судебные слѣдователи, мировые судьи и полицейскіе пристава (commisaire de police), которые должны имѣть на себѣ въ этихъ случаяхъ трехцвѣтную ленту [4]) (отсутствіе этого внѣш-

---

[1]) Въ Баваріи законъ 1851 г. и уставъ гарнизонной службы 5-го апрѣля 1885 г. вполнѣ сходенъ (за небольшими исключеніями) съ дѣйствующимъ у насъ законодательствомъ. Къ числу особенностей можно отнести постановленіе § 8 (уст. гарн. службы), допускающее употребленіе оружія при пассивномъ сопротивленіи толпы, препятствующей движеніе войскъ. Подобно австрійскому, баварское законодательство обусловливаетъ употребленіе огнестрѣльнаго оружія невозможностью достигнуть цѣли при помощи холоднаго оружія. (см. Calker, указ. сочин. стр. 50—58).

[2]) Bullettin des lois de la république Française. № 41, (459) „Loi sur les attroupements“; [3]) тамъ-же № 816 (13871) „Décret portant réglement sur le service dans les place de guerre et les villes de garnison.“

[4]) Аналогичное предписаніе содержится въ Баварскомъ законѣ 1851 г. § 3.

няго отличія лишаетъ ихъ значенія органовъ власти; тождественное правило въ италіанскомъ законѣ § 15). Требованія должны быть письменныя. Передъ употребленіемъ оружія должны быть сдѣланы призывы къ порядку дважды, если толпа вооружена, и трижды, если возмутившіеся не имѣютъ оружія (§ 3, зак. 1848). Караулы и часовые, кромѣ случаевъ народныхъ волненій, когда они дѣйствуютъ по указанію гражданскихъ властей, могутъ употребить оружіе въ дѣло только при нападеніи на нихъ или на постъ (§ 74, зак. 1883 г.) [1].

Швейцарское законодательство не содержитъ особыхъ постановленій о дѣйствіи войскъ при народныхъ волненіяхъ, а правила, касающіяся этихъ случаевъ, отнесены закономъ къ общимъ обязанностямъ войскъ. Такъ § 200—205 Réglement de service pour les troupes Suisses уполномочиваетъ начальниковъ отдѣльныхъ частей прибѣгнуть къ дѣйствію оружіемъ при нападеніи на воинскія команды, караулы, часовыхъ и т. д., при сопротивленіи имъ, и при посягательствахъ на охраняемыхъ ими лицъ или имущество. § 235 предоставляетъ это право начальникамъ карауловъ, § 248—часовымъ, и § 259—патрулямъ.

Нѣкоторыя особенности въ разрѣшеніи даннаго вопроса встрѣчаемъ мы въ законѣ Австрійскомъ — Dienst-Reglement für das Kaiserliche und Königliche Heer (1873 г. изд. 1900 г., § 70—72, ст. 506—520). Гражданское начальство не является полнымъ распорядителемъ при народныхъ безпорядкахъ, а принимаетъ соотвѣтствующія мѣры по соглашенію съ военными властями (ст. 512 и 515). Для употребленія оружія необходимо не только точное и мотивированное требованіе гражданской власти, но и личное убѣжденіе начальника въ необходимости крайнихъ мѣръ (ст. 516, п. а). Оскорбленія воинской части, не получившія характера насилія, не даютъ права употребить оружіе (стр. 517). До обращенія къ огнестрѣльному оружію предписывается наступленіе на возмутившихся съ примкнутыми штыками,

---

[1]) Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ повторены въ приложенной къ закону 1883 года инструкціи „Consigne générale des postes“ (въ частности § 15 и 16).

причемъ женщины, дѣти и дряхлые старики должны быть пощажены. Только послѣ безуспѣшности этой мѣры дозволяется употребленіе огнестрѣльнаго оружія (ст. 518). Заслуживаетъ вниманія запрещеніе холостыхъ выстрѣловъ или залповъ поверхъ головъ. Въ отношеніи караула и часовыхъ ст. 577 содержитъ правила, соотвѣтствующія п. 1 и 2 ст. 277, XXII кн. С. В. П., но болѣе полно изложенныя. Въ мирное время предписывается употребленіе только холоднаго оружія, за исключеніемъ случаевъ необходимости остановить убѣгающаго арестанта, если нѣтъ возможности достигнуть цѣли иными средствами. Однако и при этомъ условіи употребленіе огнестрѣльнаго оружія воспрещается, если выстрѣлы могутъ угрожать постороннимъ лицамъ.

Законодательство Италіи по этому вопросу не представляетъ никакихъ особенностей. Правила употребленія войсками оружія указаны въ декретѣ 22 ноября 1886 г., вошедшемъ въ VI кн. Regolamento pel Servizio Territoriala [1]). Войска призываются письменными требованіями гражданскихъ властей (префектъ, супрефектъ и квесторъ) (§ 4 и 5). На мѣстѣ дѣйствія войска подчиняются только своимъ прямымъ начальникамъ, которые сохраняютъ полную самостоятельность въ опредѣленіи способа дѣйствій, но должны подавать необходимую помощь представителямъ гражданской власти и исполнять ихъ требованія (§ 14). Послѣ троекратнаго предложенія возмутившимся прекратить безпорядки и обратиться къ повиновенію, допускается употребленіе оружія, первоначально холоднаго (§§ 15, 16 и 20); огнестрѣльное оружіе употребляется лишь въ крайнихъ случаяхъ.

Часовые обязываются (подъ угрозой наказанія) употребить въ дѣло оружіе при нападеніи на нихъ и насиліи (§ 501), а также при невозможности инымъ способомъ арестовать лицо, оскорбившее часового или караулъ (§ 101, кн. II).

VII.

Изъ предшествующей главы мы видѣли, что выполненіе военнослужащимъ, въ частности начальникомъ,

---

[1]) Приложены къ изслѣдованію Calker, Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch, s. 77—77.

обязанностей, возложенныхъ на него закономъ, устраняетъ вмѣненіе ему въ вину посягательствъ, совершенныхъ во исполненіе этихъ обязанностей. Намъ предстоитъ теперь разсмотрѣть и рѣшить вопросъ о вліяніи на вмѣненіе — осуществленія военнослужащимъ его субъективнаго права. Здѣсь, какъ было указано выше, можетъ идти рѣчь лишь о тѣхъ случаяхъ, при которыхъ пользованіе правомъ въ установленныхъ закономъ предѣлахъ нарушаетъ права третьихъ лицъ. Въ военномъ быту этими третьими лицами могутъ быть — начальники, равные и подчиненные. Внѣ отношеній служебныхъ, опредѣляемыхъ по содержанію закономъ и волею вождя, возможны между указанными лицами отношенія гражданско-правовыя въ широкомъ смыслѣ слова, распадающіяся на имущественныя и семейственныя. Такимъ образомъ, задача дальнѣйшаго изложенія сводится къ рѣшенію вопроса: подлежатъ ли вмѣненію въ вину военнослужащему такія дѣйствія его, при которыхъ, пользуясь своимъ имущественнымъ или семейственнымъ правомъ, онъ посягаетъ на имущество или личность начальника, равнаго или подчиненнаго.

Гражданинъ, поступающій въ ряды войска, не утрачиваетъ своихъ правъ, какъ гражданинъ. Всѣ отношенія имущественныя и семейственныя сохраняютъ свою полную силу. Верховный вождь не требуетъ имущественныхъ жертвъ отъ своихъ подвластныхъ, а лишь устанавливаетъ нѣкоторыя ограниченія, воспрещая тѣ или другія гражданско-правовыя сдѣлки, которыя могутъ создать зависимыя отношенія начальствующихъ отъ подчиненныхъ или могутъ препятствовать фактическому выполненію служебныхъ обязанностей (займы у подчиненныхъ, личное управленіе промышленными и торговыми предпріятіями). Затѣмъ, по различнымъ соображеніямъ, законодатель ограничиваетъ право вступленія въ бракъ.

Внѣ этихъ трехъ группъ гражданско-правовыхъ отношеній гражданинъ-воинъ свободенъ въ избраніи способовъ улучшенія своего матеріальнаго благосостоянія и, если онъ, стремясь къ этой цѣли, стѣсняетъ въ дозволенныхъ закономъ формахъ права *имущественныя* начальника или подчиненнаго, или даже причиняетъ тому или другому изъ нихъ имущественный ущербъ, то

о вмѣненіи такихъ дѣйствій въ вину, какъ дисциплинарныхъ проступковъ, преступленій или нарушеній, не можетъ быть и рѣчи. Пояснимъ примѣрами. Я, какъ землевладѣлецъ, предоставилъ сосѣду, частному лицу, право прохода черезъ мои земли. Сосѣдъ продалъ имѣніе моему начальнику. Отношенія подчиненности нисколько не лишаютъ меня права прекратить сервитутныя отношенія къ новому сосѣду. Ко мнѣ, какъ подчиненному, перешелъ по надписи вексель моего начальника. При неуплатѣ въ срокъ я взыскиваю должную сумму и продаю съ торговъ имущество начальника. Подчиненный, домовладѣлецъ, выселяя по приговору суда и черезъ посредство надлежащихъ органовъ власти, своего начальника, не уплатившаго квартирной платы, не нарушаетъ тѣмъ нормъ дисциплинарнаго права, такъ какъ верховный вождь и законъ не возлагаетъ на подчиненнаго квартирной повинности въ отношеніи начальствующихъ лицъ. Воля подчиненнаго противорѣчитъ волѣ начальника, но не верховнаго вождя; воля же перваго обязательна только въ той мѣрѣ, въ какой она совпадаетъ съ волею второго. Такимъ образомъ, напримѣръ, неповиновеніе начальнику, выражающееся въ отказѣ дать ему взаймы деньги, не можетъ быть вмѣнено въ вину подчиненному, хотя бы начальникъ облекъ свое требованіе въ форму приказа, такъ какъ воля приказывающаго не только не отвѣчаетъ волѣ вождя, но даже отрицаетъ эту послѣднюю. Не подлежитъ сомнѣнію, что эти соображенія примѣнимы вполнѣ и къ отношеніямъ равныхъ между собой или начальника къ подчиненному.

Вытекающая изъ семейныхъ отношеній дисциплинарная власть родителей, очевидно, поглощается обязанностями служебными и совокупностью служебныхъ правъ, соединенныхъ съ званіемъ лица.

Осуществленіе отцомъ, состоящимъ на военной службѣ, своей власти въ формѣ принятія домашнихъ исправительныхъ мѣръ въ отношеніи сына, которому отецъ подчиненъ по службѣ какъ начальнику, конечно, не можетъ освободить отца отъ отвѣтственности за нарушеніе подчиненности и чинопочитанія. Подобные случаи рѣдки, но возможны. Примѣромъ могутъ служить отношенія отца и сына генераловъ Скобелевыхъ, изъ

которыхъ первый пользовался правами командира полка, а затѣмъ начальника дивизіи, когда второй командовалъ корпусомъ. Въ дѣйствительности въ этомъ случаѣ подчиненія не было, такъ какъ дивизія отца не входила въ составъ корпуса сына, но отношенія начальническія могли всегда возникнуть. Законодательство наше не допускаетъ по этому вопросу никакихъ сомнѣній (ст. 179, п. 2, I ч. X т. Св. Зак.).

Мы видѣли выше, что условія гражданскаго быта допускаютъ, съ тѣми или другими ограниченіями, такія формы осуществленія права, которыя соединены съ посягательствами на личность другихъ гражданъ (насильственное удаленіе гостя изъ жилища, принудительное возмѣщеніе долга и т. п.). Допустимы ли подобнаго рода дѣйствія въ военномъ быту? Отвѣтъ можетъ быть только отрицательный, *если принуждаемый—начальникъ.* Воля вождя и дисциплинарное право опредѣляютъ только личныя отношенія военнослужащихъ, но не имущественныя, такъ какъ вооруженная борьба требуетъ только физическихъ и нравственныхъ силъ. Начальникъ, который нарушаетъ домовое право подчиненнаго или не исполняетъ долгового обязательства въ отношеніи кредитора, тоже подчиненнаго, не отрицаетъ тѣмъ и не игнорируетъ воли вождя какъ таковаго, а лишь создаетъ возможность наступленія гражданско - правовыхъ послѣдствій, тождественныхъ—возникающимъ въ гражданскомъ быту.

Между тѣмъ непосредственное, насильственное удаленіе или задержаніе начальника подчиненнымъ, имѣющимъ цѣлью возстановить этимъ путемъ свое имущественное право, есть дѣятельность преступная съ точки зрѣнія военнаго права, такъ какъ изъ числа мотивовъ этой дѣятельности исключена воля верховнаго вождя, воспрещающаго подчиненному посягательство на личность начальника. Дѣйствія этого послѣдняго могутъ быть признаны безнравственными и даже неправомѣрными, но, опредѣляясь въ своемъ юридическомъ значеніи лишь нормами права гражданскаго, не могутъ освободить подчиненнаго отъ обязанности, установленной правомъ военнымъ [1]).

---

[1]) Къ этому вопросу мы возратимся еще впослѣдствіи, когда перейдемъ къ разсмотрѣнію необходимой обороны подчиненнаго противъ преступныхъ посягательствъ начальника.

Иначе долженъ быть рѣшенъ вопросъ при обратномъ положеніи принуждающаго и принуждаемаго. Если гражданинъ уполномоченъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ закономъ насильственно осуществлять свое право, то тѣмъ болѣе это полномочіе распространяется на начальника, который, помимо правомѣрной цѣли собственника и хозяина, обязанъ во всѣхъ случаяхъ приводить волю подчиненнаго къ совпаденію съ волею вождя или законодателя. Но не слѣдуетъ думать, что такое право начальника распространяется на всѣ гражданско-правовыя отношенія его къ подчиненному. Необходимо, чтобы къ нарушенію права гражданскаго присоединилось нарушеніе нормъ права дисциплинарнаго. Задерженіе и арестованіе начальникомъ подчиненнаго, не уплатившаго въ срокъ долга первому, должно быть признано злоупотребленіемъ власти, такъ какъ эта послѣдняя дана начальнику для достиженія цѣлей войска и дисциплины, а не своихъ личныхъ. Но принудительное удаленіе начальникомъ изъ своей квартиры подчиненнаго, который не желаетъ удалиться добровольно, должно быть признано правомѣрнымъ, такъ какъ отказъ подчиненнаго (не касаясь даже вопроса о служебномъ и неслужебномъ приказѣ) неизбѣжно выражаетъ собой пренебреженіе къ личности начальника, хозяина.

Наконецъ, третій видъ осуществленія права, выражающійся въ отказѣ имущественной, въ обширномъ смыслѣ слова, помощи лицу, находящемуся въ состояніи крайней нужды, долженъ быть совершенно отвергнутъ въ военномъ быту, какъ недопустимый. Если бы даже законъ общеуголовный не вмѣнялъ въ вину отказъ въ убѣжищѣ замерзающему или умирающему отъ голода человѣку, то въ условіяхъ военнаго быта такое пользованіе правомъ должно быть вмѣнено въ вину. Здѣсь, конечно, идетъ рѣчь не о бѣдности, а о состояніи физически погибающаго. Будь я рядовой или офицеръ высокихъ чиновъ, и приди къ моей двери заблудившійся, голодный военнослужащій, — мой отказъ въ помощи ему долженъ быть признанъ не только безнравственнымъ, но и преступнымъ, такъ какъ войско есть *единеніе*, управляемое волею вождя, а оставляя погибать одного изъ воиновъ, я отрицаю это единеніе и сознательно лишаю

жизни одного изъ его членовъ. Если преступенъ военный, уничтожающій войсковое оружіе, то еще болѣе преступенъ тотъ, который убиваетъ носителя этого оружія. Законъ военный долженъ содержать постановленіе, опредѣляющее за такое неподаніе помощи погибающему отвѣтственность какъ за одинъ изъ видовъ убійства, если законъ общій не предусматриваетъ подобнаго преступнаго бездѣйствія. Отношенія подчиненности между собственникомъ имущества и лицомъ погибающимъ могутъ вліять лишь на степень наказанія, и при томъ, — какъ для начальника, такъ и для подчиненнаго: если подчиненый преступенъ, отказавъ въ помощи начальнику, то и начальникъ недостоинъ даннаго ему званія, если онъ свое матеріальное благо поставилъ выше жизни одного изъ сотрудниковъ верховнаго вождя, если онъ пренебрегъ интересами послѣдняго во имя личныхъ интересовъ. Нормъ дисциплинарнаго права ни тотъ, ни другой не нарушилъ, но доказалъ своими дѣйствіями нежеланіе пожертвовать личнымъ благомъ для блага войска.

Въ военномъ быту возможны, наконецъ, посягательства на имущественныя права частныхъ лицъ при выполненіи нѣкоторыхъ обязательныхъ дѣйствій. Въ этихъ случаяхъ нарушеніе права не является обязанностью военнослужащаго (какъ, напримѣръ, дѣйствія начальника, силой усмиряющаго непокорнаго подчиненнаго); напротивъ, законъ устанавливаетъ, какъ общее правило, — неприкосновенность правъ третьихъ лицъ и отвѣтственность военнослужащихъ за нарушеніе этихъ правъ, *но не вмѣняетъ въ вину имущественный ущербъ*, причиненный гражданамъ, если онъ возникъ какъ неизбѣжное слѣдствіе дѣйствій обязательныхъ. Здѣсь мы имѣемъ въ виду, главнымъ образомъ, истребленіе произрастаній при военныхъ упражненіяхъ мирнаго времени, такъ называемыхъ въ нашей арміи „потопокъ" (но не потравъ). Отнести эти «потопки» къ числу обязательныхъ — невозможно, такъ какъ уничтоженіе имущества согражданъ не можетъ входить въ число обязанностей войска, призваннаго въ охранѣ общественныхъ, а слѣдовательно, косвеннымъ путемъ и частныхъ интересовъ. Основаніе невмѣненія въ вину въ данномъ

случаѣ — обязательность военныхъ упражненій и вытекающее отсюда право причиненія имущественнаго вреда; границы же невмѣненія опредѣляются фактической неизбѣжностью. Условія невмѣненія, конечно, должны быть установлены закономъ.

Въ исторіи военно-уголовнаго права и дѣйствующемъ законодательствѣ въ отношеніи только что изложенныхъ вопросовъ не содержится почти никакихъ постановленій.

Имущественныя отношенія военнослужащихъ опредѣляются гражданскими законами и, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія заинтересованныхъ лицъ не нарушаютъ спеціально возложенныхъ на нихъ обязанностей, постановленія военно-уголовнаго закона, конечно, совершенно излишни.

Что же касается причиненія имущественнаго ущерба частнымъ лицамъ при военныхъ упражненіяхъ и походахъ мирнаго времени, то опредѣленіе условій невмѣненія такихъ дѣйствій въ вину военнослужащимъ, вообще, и начальникамъ, въ частности, крайне необходимо для устраненія произвола и небрежнаго отношенія къ чужой собственности. Впервые у насъ этотъ вопросъ былъ затронутъ Уложеніемъ Царя Алексѣя Михайловича, которое въ гл. 7 ст. 4 установило достаточно точныя формальныя условія невмѣненія въ вину дѣяній военнослужащихъ, причиняющихъ неизбѣжный вредъ частнымъ лицамъ во время похода. Указанная статья Уложенія гласила: „а въ которое время у всякихъ помѣщиковъ и вотчинниковъ луги будутъ не заперты, въ то время ратнымъ людямъ, идучи на Государеву службу, на лугахъ ставитися у всякихъ людей безпенно. А въ которое время луги будутъ заперты, и имъ ставитися и на запертыхъ лугахъ отъ дороги на одну сторону поперегъ въ пять саженъ безпенно же, а далѣ пяти саженъ отъ дороги въ тѣхъ запертыхъ лугахъ не ставитися, и травъ не толочити, и лошадьми не травити“ [1]).

Въ послѣдующихъ законодательныхъ сборникахъ мы не находимъ подобныхъ постановленій. Лишь съ

---

[1]) „Уложеніе Царя и Великаго Князя Алексѣя Михайловича, въ лѣто отъ сотворенія міра 7156“ (изд. 1820 г.)

изданіемъ С. В. П. 1859 года отношенія маневрирующихъ войскъ къ имуществу частныхъ лицъ были опредѣлены въ военномъ законѣ. Въ приложеніи III, къ ст. 98 ч. III, кн. II вошли правила о производствѣ войсками маневровъ въ мирное время; гл. V этихъ правилъ предусматривала случаи причиненія войсками имущественнаго вреда жителямъ, опредѣляла условія невмѣнимости въ вину начальствующимъ лицамъ ущерба, неизбѣжнаго по ходу маневра, и указывала на личную и имущественную отвѣтственность военнослужащихъ, причинившихъ напрасный вредъ. Ст. 70 запрещала совершенно проходъ войскъ черезъ засѣянныя поля, огороды и сады, а ст. 72, дозволявшая разбирать мосты, заборы и т. п., обязывала войска возстанавливать затѣмъ эти сооруженія въ прежнемъ видѣ собственными средствами; причиненіе лишняго вреда запрещалось подъ угрозой наказанія виновныхъ и имущественной отвѣтственности начальника. Правила эти, не будучи формально отмѣнены, не имѣютъ теперь никакого примѣненія на практикѣ.

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ къ данному вопросу относятся: ст. 669—670 Уст. о земскихъ повинностяхъ (Св. зак. т. IV, изд. 1899 г.), опредѣляющія случаи возмѣщенія казной частнымъ лицамъ убытковъ, причиненныхъ дѣйствіями войскъ, и „Инструкція для производства подвижныхъ сборовъ“, въ которой § 11 опредѣляетъ порядокъ исчисленія этихъ убытковъ и составъ оцѣночныхъ коммиссій (Прик. по воен. вѣд. 1900 г. № 110). По разъясненію же Главнаго Штаба, формальнымъ условіемъ, при наличности котораго убытки не обращаются на начальниковъ частей, является удостовѣреніе подлежащаго начальства о томъ, что „потопки“ были неизбѣжны [1]).

Въ послѣднее время въ военномъ министерствѣ разрабатываются нѣкоторыя новыя постановленія по данному вопросу.

VIII.

Мы переходимъ теперь къ рѣшенію труднѣйшаго вопроса военно-уголовнаго права—о вліяніи приказа на-

---

[1]) Отзывъ Главнаго Штаба 1892 г. 5 ноября № 49025, объявленный въ Приказаніи по войскамъ Виленскаго воен. окр. 1892 г. № 178 и въ Приказаніи по войскамъ Варшавскаго воен. окр. 1891 г. № 226.

чальника на отвѣтственность подчиненнаго за преступныя дѣйствія, совершенныя послѣднимъ во исполненіе этого приказа. Едва ли можно указать другой вопросъ военно-уголовнаго права, который вызывалъ бы болѣе разнообразныя и другъ друга исключающія рѣшенія. Ни одну изъ формулъ, опредѣляющихъ невмѣненіе въ вину совершенныхъ подчиненнымъ по приказанію начальника дѣйствій, изъ числа предлагаемыхъ въ литературѣ и находящихъ себѣ мѣсто въ законодательствахъ, нельзя считать общепризнанной.

Слѣдуетъ ли изъ этого заключить, что вопросъ о значеніи воинскаго приказа есть логически и фактически неразрѣшимая задача, или же причина разногласій какая либо иная. Мы полагаемъ, что признать юридическое значеніе воинскаго приказа загадкой и отказаться отъ ея разрѣшенія такъ же, какъ отказались отъ попытокъ найти квадратуру круга, во-первыхъ, недостойно человѣческаго разума, который не можетъ оставлять безъ опредѣленія содержаніе установленнаго имъ же понятія, а во-вторыхъ, невозможно по соображеніямъ юридическимъ, такъ какъ всякій правовой институтъ можетъ быть таковымъ только тогда, когда слагающіе его элементы, ихъ отношеніе между собой и къ элементамъ другихъ институтовъ извѣстны и точно опредѣлены.

Если постановленія законодательствъ по данному вопросу и выводы теоріи права не могутъ быть признаны удовлетворительными и, дѣйствительно, заключаютъ въ себѣ много противорѣчій и недостатковъ, то причину этого слѣдуетъ искать въ стремленіи составителей кодексовъ и юристовъ-теоретиковъ — объять необъятное. Съ одной стороны считаютъ необходимымъ установить принципъ безусловнаго повиновенія *всякому* приказанію начальника, а съ другой стороны находятъ невозможнымъ сдѣлать неизбѣжный отсюда выводъ о безотвѣтственности повиновавшагося подчиненнаго. Устанавливая ограниченія этой безотвѣтственности, разрушаютъ значеніе основного принципа (безусловнаго повиновенія) и создаютъ полный произволъ, завершающійся отнесеніемъ вопроса о невмѣнимости въ вину приказаннаго дѣянія къ вопросамъ факта, рѣшаемымъ судомъ

по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая. Такой путь, конечно, облегчаетъ рѣшеніе задачи, но въ смыслѣ опредѣленія правъ и обязанностей лицъ приказывающихъ и повинующихся не даетъ никакого отвѣта. Если бы законъ говорилъ: дѣянія не вмѣняются въ вину, когда *судъ* по обстоятельствамъ дѣла признаетъ это *нужнымъ* или *возможнымъ*, то, очевидно, что при такомъ рѣшеніи вопроса ни одинъ гражданинъ не могъ бы быть увѣренъ въ правомѣрности своихъ дѣйствій и своей безотвѣтственности, а суду были бы присвоены функціи законодателя. Другими словами, общественный и государственный правопорядокъ былъ бы немыслимъ.

Въ равной мѣрѣ немыслимо существованіе войска, если правовыя отношенія составляющихъ его лицъ, не опредѣлены точно въ законѣ. Этотъ послѣдній долженъ установить: условія обязательности приказа начальника и, въ зависимости отъ этой обязательности, — отвѣтственность подчиненныхъ за преступныя дѣянія, совершенныя вслѣдствіе приказа. Теорія же военно-уголовнаго права путемъ изслѣдованія юридическаго и практическаго значенія воинскаго приказа должна облегчить законодателю рѣшеніе только что поставленной задачи.

Не подлежитъ сомнѣнію, и было уже указано выше, что невмѣненіе въ вину подчиненному приказанныхъ ему начальникомъ дѣйствій всецѣло зависитъ отъ установленнаго закономъ принципа—безусловной или условной обязательности приказа. Обязательность этого послѣдняго можетъ быть обусловлена: I) признаками формальными—а) личностью приказывающаго и повинующагося и ихъ отношеніями, б) временемъ, в) формой приказанія; II) признаками матеріальными—а) законностью содержаніи, въ смыслѣ полного соотвѣтствія закону, б) компетентностью начальника и (или) подчиненнаго къ совершенію даннаго, законнаго по существу, приказаннаго дѣянія, в) законностью основаній (причинъ) приказанія. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы постараемся рѣшить два вопроса: какой изъ двухъ указанныхъ принциповъ обязательности приказа долженъ быть избранъ въ военномъ быту, и если второй, т. е. условной обязательности, то какіе признаки должны сообщать приказу начальника эту обязательность? Только послѣ рѣ-

шенія этихъ вопросовъ мы будемъ въ состояніи опредѣлить вліяніе приказа на виновность подчиненнаго за совершенныя имъ вслѣдствіе приказа преступныя дѣянія.

Что слѣдуетъ разумѣть подъ понятіемъ приказа вообще и воинскаго приказа въ частности? „Приказъ военный есть обязательное для выполненія требованіе начальника, обращенное къ подчиненному“ говоритъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ [1]; „приказъ“, по опредѣленію Calker [2], „есть выраженіе воли лица, обращенное къ другому, обязанному повиновеніемъ, о совершеніи этимъ послѣднимъ какого либо дѣйствія или о воздержаніи отъ дѣйствія“; опредѣленіе сходное по содержанію, но съ незначительными редакціонными измѣненіями, даетъ Damianitsch [3]. Съ теоретической точки зрѣнія второе опредѣленіе точнѣе, такъ какъ оно не предрѣшаетъ вопроса объ обязательности приказа. Приказъ можетъ быть не всегда обязательнымъ для выполненія, сохраняя всѣ другіе присущіе ему признаки. Принявъ опредѣленіе профессора Кузьмина-Караваева придется признать, что требованіе начальника преступное и не подлежащее исполненію не можетъ быть названо „приказомъ“. Между тѣмъ, выраженіе „преступный приказъ“ усвоено и литературой и законодательствами, различающими приказъ законный и преступный. Второе опредѣленіе, будучи вѣрнымъ по существу, требуетъ нѣкотораго развитія и объясненія.

Воля человѣка есть способность къ сознательной самодѣятельности. При наличности сознанія человѣкъ переходитъ отъ покоя къ дѣятельности вслѣдствіе возникновенія представленій о цѣли, достиженіе которой можетъ вызвать чувство удовлетворенія желаній или даже чувство удовольствія. Невозможно представить себѣ дѣйствій совершенно безцѣльныхъ. Цѣль можетъ быть ничтожна, ошибочна, можетъ не существовать реально, а быть лишь въ воображеніи человѣка, можетъ непрерывно измѣняться, но никакое *сознательное* дви-

---

[1]) Военно-уголовное право, стр. 60.

[2]) Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, s. 7.

[3]) Studien, s. 42.

женіе немыслимо безъ представленія о цѣли его. Всякое движеніе есть перемѣщеніе тѣла по извѣстному направленію, опредѣляемому положеніемъ начальной и конечной точки. Дѣйствіе человѣка выражается также въ движеніи и необходимо предполагаетъ существованіе въ сознаніи лица дѣйствующаго представленія о конечной цѣли движенія. При отсутствіи мотива (представленія о цѣли) дѣятельности, движеніе въ данномъ направленіи можетъ возникнуть только вслѣдствіе воздѣйствія внѣшней, посторонней, принуждающей силы, когда нельзя уже говорить о какой либо сознательной *самодѣятельности*.

Если мы наблюдаемъ дѣйствія человѣка, то въ большинствѣ случаевъ можемъ опредѣлить цѣль, къ которой онъ стремится (не представленіе о цѣли, какъ нѣчто индивидуальное, а самую цѣль, какъ конечную точку): при движеніяхъ сложныхъ опредѣленіе конечной цѣли можетъ представить затрудненіе, но цѣли частныя не должны ускользнуть отъ нашего наблюденія. Если человѣкъ выражаетъ свою волю, какъ личное рѣшеніе совершить что либо, то неизбѣжно указываютъ ближайшую или конечную цѣль. Человѣкъ, желая вызвать опредѣленную по направленію дѣятельность другого лица, можетъ воздѣйствовать на него механически или психологически. При первомъ способѣ дѣятельности лицо активное приложитъ физическую силу къ органамъ тѣла лица пассивнаго; при второмъ—постарается вызвать въ сознаніи пассивнаго лица соотвѣтствующій психологическій мотивъ. Если наступитъ тождество этихъ мотивовъ у обоихъ лицъ, то второе — выполнитъ усвоенное имъ желаніе перваго и совершитъ за него всѣ дѣйствія, необходимыя для достиженія цѣли.

Указаніе цѣли опредѣляетъ, однако, только направленіе движенія. Вслѣдъ за представленіемъ о цѣли въ сознаніи человѣка должны возникнуть представленія о средствахъ и времени дѣятельности. Когда избрана цѣль, отысканы средства и установленъ моментъ перехода отъ покоя къ движенію, тогда дѣятельность человѣка опредѣлена совершенно. Въ той же мѣрѣ будетъ опредѣлена и дѣятельность другого лица, если въ его сознаніи возникнутъ тождественныя представленія. Сово-

купность этихъ трехъ представленій вызываетъ человѣка къ сознательной самодѣятельности, а способность къ этой послѣдней есть то психическое свойство человѣка, которое мы называемъ волей. Такимъ образомъ, выраженіе воли одного лица, обращенное къ другому, есть указаніе цѣли дѣятельности этого послѣдняго, средствъ къ достиженію цѣли и начальнаго или конечнаго момента дѣятельности.

Мы же видѣли выше, что бытіе войска и выполненіе имъ своего назначенія возможно только тогда, когда въ каждомъ военнослужащемъ будетъ развита способность къ сознательному подчиненію своей воли волѣ вождя, или другими словами, когда въ сознаніи каждаго воина представленія о цѣли, средствахъ и времени его самодѣятельности будутъ совпадать съ соотвѣтствующими представленіями верховнаго вождя. Эта способность достигается воспитаніемъ. Когда способность къ такому совпаденію представленій достигнута, тогда повиновеніе получаетъ характеръ обязательности, не столько юридической, сколько логической и психологической. Юридическая же обязательность создается угрозой наказанія за неповиновеніе и физическимъ принужденіемъ. Отъ верховнаго вождя право опредѣленія элементовъ самодѣятельности воина переходитъ къ его начальникамъ. Если верховный вождь указываетъ только общую цѣль дѣятельности, тогда начальникамъ предоставляется выборъ всякихъ средствъ и опредѣленіе момента дѣйствій; та же свобода сохраняется за подчиненнымъ, если второй или третій элементъ не были опредѣлены начальникомъ.

Такимъ образомъ, *приказъ въ военномъ быту есть указаніе верховнымъ вождемъ или начальникомъ подчиненному цѣли, времени и средствъ его дѣятельности.*

Войско можетъ управляться только единою волею вождя, а каждый воинъ долженъ быть способенъ повиноваться только ей и, слѣдовательно, обязанъ направлять свою дѣятельность только къ такимъ цѣлямъ, достигать ихъ только такими средствами и въ такіе моменты, которые указаны верховнымъ вождемъ въ его повелѣніяхъ или въ законѣ. Если дѣятельность военнослужащаго опредѣляется представленіемъ о конечной

цѣли, указанной вождемъ (или частной цѣли, лежащей въ томъ же направленіи), то эта дѣятельность правомѣрна и обязательна; если достиженіе избранной цѣли воспрещено вождемъ подъ страхомъ наказанія — дѣяніе преступно; если достиженіе той или другой цѣли не предписано и не запрещено — дѣяніе военнослужащаго юридически безразлично. Если достиженіе цѣли обязательно или не запрещено, но запрещены избранныя средства, или хотя и дозволены, но предполагаемое дѣйствіе запрещено въ данный моментъ—во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣятельность военнослужащаго будетъ преступна. Въ соотвѣтствіи съ этими началами опредѣляется обязательность, преступность и юридическая безразличность приказа начальника.

Военнослужащій обязанъ подчиняться не личной волѣ начальника, а волѣ верховнаго вождя, выраженной черезъ посредство начальника. Повиновеніе индивидуальной воли этого послѣдняго на ряду съ повиновеніемъ волѣ вождя немыслимо въ войскѣ, такъ какъ вождь можетъ быть только одинъ. Если указанная начальникомъ цѣль, опредѣленныя имъ средства и моментъ дѣятельности совпадаютъ съ соотвѣтствующими элементами воли вождя — приказъ начальника обязателенъ, а неповиновеніе подчиненнаго — преступно; если элементы воли начальника, или одинъ изъ нихъ не совпадаютъ съ волею вождя — приказъ и повиновеніе ему преступны; если по поводу даннаго дѣйствія ни одинъ изъ элементовъ не опредѣленъ вождемъ—приказъ и повиновеніе юридически безразличны [1]).

---

[1]) Отрицаютъ юридическую обязательность неслужебнаго приказа начальника: Неѣловъ, Курсъ общ. ч. стр. 34; Мушниковъ, особ. ч. (конспектъ) стр. 10; Кузьминъ-Караваевъ, Воен. угол. право, ч. общ. стр. 62; Damianitsch, Studien, s. 66; Brauer, Handbuch, s. 23—29; Dangelmaier, Die Militär-Verbr. u. Verg. s. 17. Противоположное мнѣніе высказываетъ van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit.... s. 97, 98 и 99; основаніемъ для такого распространенія власти начальника авторъ признаетъ воинское воспитаніе, которое должно распространять свое вліяніе не только на служебные поступки военнослужащаго, но и на дѣйствія его въ частной жизни. Можно возразить автору, что наблюденіе за внѣ-служебнымъ поведеніемъ военнослужащаго не имѣетъ ничего общаго съ приказаніями по частному дѣлу. Если подчиненный въ пьяномъ видѣ производитъ въ своей частной квартирѣ буйство, привлекающее вниманіе сосѣдей, то начальникъ, конечно, не можетъ быть лишенъ права сдѣлать ему по этому поводу замѣчаніе, приказать соблюдать приличіе и т. п. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что тотъ-же начальникъ будетъ

Такимъ образомъ, центръ тяжести въ вопросѣ объ обязательности приказа лежитъ въ той цѣли, которую желаетъ достигнуть начальникъ дѣйствіями подчиненнаго. Приказаніе *по содержанію* своему юридически-безразличное или даже совершенно законное можетъ быть преступнымъ, если начальникъ при помощи дѣйствій повинующагося подчиненнаго осуществляетъ свое преступное намѣреніе. Приказаніе сохранитъ свой преступный характеръ и въ тѣхъ случаяхъ, когда для достиженія дозволенной или даже обязательной цѣли предписываются запрещенныя средства или предписывается совершить дѣйствія въ недозволенное время.

Опредѣленіе обязательности или преступности приказа по указаннымъ тремъ признакамъ – цѣли, средствъ и времени, облегчаетъ, по нашему мнѣнію, въ значительной степени рѣшеніе поставленнаго выше вопроса о тѣхъ велѣніяхъ начальника, которыя создаютъ для подчиненнаго обязанность повиновенія. Если въ законѣ будетъ сказано: не обязателенъ для подчиненнаго приказъ, предписывающій *совершеніе преступнаго дѣянія*, то значительная область дѣяній законныхъ *по содержанію*, но *преступныхъ по ихъ цѣли*, не будетъ охвачено этой формулой. Поясни мъ это примѣрами. Если начальникъ приказываетъ подчиненному сообщить военную тайну непріятелю, убить другого начальника, совершить кражу и т. п., то въ этихъ случаяхъ предписываются дѣянія по своему содержанію преступныя, а потому, при существованіи только что указаннаго постановленія закона, приказъ утрачиваетъ свойство обязательности. Но если начальникъ отряда приказываетъ одному изъ командировъ частей, охраняющему, положимъ, переправу черезъ рѣку,—передвинуться на нѣсколько верстъ выше или ниже охраняемаго пункта, то приказаніе это, будучи совершенно законно по содер-

---

въ правѣ приказать подчиненному не пить дома водки за обѣдомъ или ложиться спать въ опредѣленный часъ. Подчиненіе начальнику во всѣхъ случаяхъ и во всѣ моменты жизни есть рабство (сравн. Weisl, Das Heeres Stracrecht, s. 75), ничего общаго съ военной дисциплиной не имѣющее.

Служебный характеръ приказа долженъ быть поставленъ въ зависимость, какъ справедливо указываетъ А. Градовскій, отъ круга обязанностей подчиненнаго, а не отъ предѣловъ власти начальника (Нач. рус. госуд. права т. II, стр. 100).

жанію и, слѣдовательно, какъ бы обязательно, можетъ быть однако преступнымъ, если этимъ перемѣщеніемъ командиръ отряда желаетъ облегчить непріятелю его дѣйствія. Приказаніе законное получило значеніе преступнаго вслѣдствіе преступной цѣли начальника. Если разсматривать его только по содержанію — оно обязательно для подчиненнаго, такъ какъ предписываетъ совершить воинскій маневръ, никакими законами не запрещенный.

Начальникъ предписываетъ своему вѣстовому отправиться въ казармы и позвать кого либо изъ подчиненныхъ; приказаніе совершенно законно; но если оно отдано съ намѣреніемъ удалить свидѣтеля для совершенія въ его отсутствіе задуманнаго преступленія, напримѣръ, изнасилованія находящейся въ квартирѣ женщины, то приказъ получаетъ значеніе противозаконнаго требованія.

Начальникъ, въ вѣдѣніи котораго находится несгораемый шкафъ съ казенными деньгами, предвидя въ скоромъ времени перемѣщеніе на другую должность, приказываетъ полковому слесарю сдѣлать второй ключъ къ этому шкафу, съ тѣмъ, чтобы, по сдачѣ должности и одного ключа, похитить при помощи второго казенное имущество (лично извѣстный случай изъ военно-судебной практики); приказаніе получаетъ преступное значеніе только вслѣдствіе преступной цѣли, такъ какъ заказъ ключа, самъ по себѣ, есть дѣяніе безразличное. Подобныхъ примѣровъ можно привести множество и всѣ они не подойдутъ подъ формулу приказаній, „предписывающихъ подчиненному совершить дѣяніе преступное“, такъ какъ во всѣхъ случаяхъ отъ подчиненнаго требуются *дѣйствія* правомѣрныя или даже обязательныя.

Законность приказанія можетъ зависѣть, кромѣ того, отъ законности предписанныхъ начальникомъ средствъ къ достиженію дозволенной цѣли. Для скорѣйшаго достиженія непріятельской позиціи командиръ отряда приказываетъ начальнику части совершить переходъ черезъ территорію нейтральнаго государства; для полученія необходимаго фуража командиръ кавалерійскаго полка, при условіяхъ мирнаго времени, приказываетъ добыть этотъ фуражъ силою у нежелающихъ

продать его мѣстныхъ жителей; желая наказать провинившагося подчиненнаго начальникъ приказываетъ посадить его зимой въ холодный сарай (случай изъ военно-судебной практики). Въ этихъ трехъ примѣрахъ цѣль приказаній вполнѣ правомѣрна, преступны же средства. Только здѣсь можно говорить о „приказаніи совершить дѣяніе преступное“, такъ какъ для достиженія указанной начальникомъ цѣли подчиненный долженъ. если онъ повинуется, нарушить запретъ закона или верховнаго вождя, т. е. *совершить дѣянія* преступныя по своему содержанію.

Наконецъ, при правомѣрности цѣли и средствъ, приказаніе можетъ быть преступно, если достиженіе данной цѣли запрещено въ данный моментъ. Приказаніе начальника принести изъ лавки водки—юридически безразлично, но то же приказаніе, отданное начальникомъ одному изъ своихъ подчиненныхъ въ періодъ исполненія обоими обязанностей караульной службы—преступно; приказаніе стрѣлять въ толпу бунтовщиковъ законно по цѣли и средствамъ дѣйствія, но преступно, если толпа, вслѣдствіе угрозы употребленіемъ оружія, обратилась въ бѣгство; приказаніе разрушить домъ, препятствующій движенію войскъ при маневрахъ мирнаго времени—преступно, въ военное время—правомѣрно.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что юридическое значеніе приказа начальника не можетъ быть поставлено въ зависимость только отъ *содержанія* приказанныхъ подчиненному дѣйствій, а должно быть опредѣлено путемъ сопоставленія цѣли, средствъ и времени этихъ дѣйствій съ выраженной вообще или въ данномъ случаѣ волею вождя. Всякое нарушеніе этой воли придаетъ приказу начальника и дѣйствію подчиненнаго значеніе воинскаго преступленія; всякое нарушеніе воли законодателя, обращенной ко всѣмъ гражданамъ, должно быть квалифицировано какъ преступленіе общее.

Изложенныя соображенія сами собой приводятъ насъ къ рѣшенію вопроса: какой изъ двухъ принциповъ обязательности приказа—условный или безусловный долженъ быть принятъ въ войскѣ? Приказъ безусловный, т. е. опредѣляющій цѣль, средства и время дѣйствія внѣ зависимости отъ воли верховнаго вождя,

по личному усмотрѣнію приказывающаго, такой приказъ разрушаетъ идею войска, уничтожаетъ возможность управленія имъ, отмѣняетъ всѣ дѣйствующіе законы, узаконяетъ преступленіе, создаетъ анархію и даетъ каждому начальнику возможность ниспроверженія законнаго правительства и удовлетворенія личныхъ, самыхъ преступныхъ желаній. Угроза наказаніемъ преступному начальнику утрачиваетъ въ такомъ случаѣ всякое значеніе, такъ какъ подчиненные, обязанные безусловнымъ повиновеніемъ, въ той же мѣрѣ будутъ обязаны защитить своего начальника отъ дѣйствій карательныхъ органовъ власти, если начальникъ потребуетъ такой защиты. Если на практикѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, безусловная обязательность приказа можетъ и не вызвать вредныхъ послѣдствій, то возможность таковыхъ будетъ существовать непрерывно. Принципъ слѣпого повиновенія можно принять только тогда, когда люди утратятъ способность совершать преступленія, способность желать и стремиться къ чему либо; для достиженія такого состоянія необходимо лишить людей способности мыслить и чувствовать, другими словами, превратить ихъ въ самодвижущихся куколъ.

Въ военно-юридической литературѣ сохранилось, однако, еще мнѣніе о необходимости слѣпого, безусловнаго повиновенія, если не на практикѣ, то по крайней мѣрѣ въ теоріи. Такъ E. Hueber, признавая невозможнымъ и безмысленнымъ требовать повиновенія отъ подчиненныхъ всегда и при всякихъ обстоятельствахъ, не допускаетъ провозглашенія этого принципа въ законѣ, такъ какъ „le soldat ne doit pas raisonner avant d'obéir"; авторъ признаетъ химерой стремленіе развить въ солдатѣ одновременно способность повиноваться и разсуждать; узаконенное или дозволенное неповиновеніе, по какому бы то ни было поводу, создаетъ возможность опаснаго ослушанія во всѣхъ случаяхъ [1]).

Въ томъ же смыслѣ высказывается Damianitsch, который, признавая неудовлетворительными оба принципа—условной и безусловной обязательности приказа, склоняется, однако, въ пользу послѣдняго, но считаетъ

---

[1]) Du rôle de l'armée dans l'état, p. 218—219.

вмѣстѣ съ тѣмъ необходимымъ не упоминать совершенно въ военно-уголовномъ законѣ объ обязанности безусловнаго повиновенія и объ условіяхъ отвѣтственности подчиненнаго, повиновавшагося противозаконному приказу. Постановленія по этому вопросу должны быть помѣщены лишь въ правилахъ службы, а окончательное рѣшеніе должно быть предоставлено суду, который опредѣлитъ: обязанъ ли былъ подчиненный повиноваться въ данномъ случаѣ. Необходимо, по мнѣнію автора, довѣриться здравому смыслу военнослужащаго, который сумѣетъ оцѣнить обстоятельства въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда начальникъ будетъ склонять подчиненнаго къ измѣнѣ [1]).

Въ рѣшеніи этого вопроса Damianitsch лишь присоединяется къ мнѣнію крайняго сторонника безусловной обязательности приказа и слѣпого повиновенія—Brauer, который признаетъ, напримѣръ, подчиненнаго обязаннымъ исполнить приказаніе начальника о задержаніи путешественника съ цѣлью ограбленія его [2]). Въ позднѣйшемъ сочиненіи своемъ Brauer не высказываетъ уже подобныхъ взглядовъ [3]).

Указанные авторы, при всей крайности ихъ мнѣній, не рѣшаются, однако, распространить принципъ безусловной обязательности приказа на всѣ безъ исключенія случаи. Но, устанавливая тѣ или другія ограниченія, они не находятъ возможнымъ отвѣтить опредѣленно на вопросъ—какой же изъ двухъ путей долженъ избрать законодатель? Система же замалчиванія рѣшеній не прибавляетъ ничего къ суммѣ человѣческихъ знаній и не приноситъ никому пользы.

Въ настоящее время можно признать, что принципъ безусловной обязательности приказа совершенно отвергнутъ какъ въ военной, такъ и въ общей юридической литературѣ и законодательствахъ [4]). По изслѣ-

---

[1]) Studien, s. 74—75.

[2]) Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit,—Der Gerichtssaal, 1856 г. s. 395—396. Авторъ не находитъ возможнымъ допустить какія либо ограниченія обязательности воинскаго приказа, даже для случаевъ измѣны, стр. 397—398.

[3]) Handbuch, 1872, s. 28—30.

[4]) Неѣловъ, Курсъ военно-уголовнаго права, ч. общ. стр. 33—38; Мушниковъ, особ. ч. стр. 10—12; Кузьминъ-Караваевъ, Военно-уголовное право, ч. общ. стр. 282—286; Dangelmaier, Die Militär-Verbrechen und Ver-

дованію Calker ни въ римской арміи, ни въ арміяхъ нѣмецкихъ государствъ, начиная съ XII вѣка, не возлагалась на подчиненнаго обязанность абсолютнаго повиновенія (см. стр. 68 и 77). Какъ разрѣшался этотъ вопросъ въ нашемъ военномъ законодательствѣ, будетъ указано въ слѣдующей главѣ.

Обязательность приказа начальника должна быть обусловлена его законностью, такъ какъ „il n'y a pas de droit contre le droit, il n'y a pas de devoir contre le devoir“, какъ говоритъ Dalloz. Теорія права и законъ должны лишь рѣшить вопросъ о томъ: какія условія необходимы для сообщенія приказу значенія законнаго и обязательнаго требованія.

Не подлежитъ сомнѣнію, что на первомъ мѣстѣ, въ ряду этихъ условій, должна быть поставлена личность приказывающаго начальника.

Приказывать въ войскѣ можетъ только тотъ, кому это право предоставлено закономъ и вождемъ. При отсутствіи этого полномочія всякое требованіе одного военнослужащаго, обращенное къ другому, хотя бы занимающему низшее, по сравненію съ первымъ, положеніе, есть не болѣе какъ выраженіе желанія юридически безразличное. Очевидно, что каждый старшій можетъ, во всякое время по волѣ вождя, получить право повелѣвать, но это право можетъ также перейти и къ младшему. Зависимость права приказыванія отъ воли вождя создаетъ необходимость точнаго указанія тѣхъ лицъ, которымъ это право присвоено, т. е. начальниковъ.

Предоставленіе начальническихъ правъ тѣмъ или другимъ военнослужащимъ не можетъ быть, однако, совершенно произвольно и безсистемно. Всякое повелѣніе лица, приказывающаго въ войскѣ, какъ опредѣленіе цѣли

---

gehen, s. 16—17; его-же Philosophie, s. 84; Hecker, Lehrbuch, s. 89—91; Weisl, Das Heeres Strafrecht, s. 165—169; van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit.... s. 104—109; Kleemann, System, s. 67—68; Вульфертъ, Лекціи, стр. 152; Таганцевъ, Курсъ I, стр. 189—190; Сергѣевскій, Русское угол. право, стр. 286; Неклюдовъ, Конспектъ, стр. 34—45; Кистяковскій, Учебникъ, стр. 132, § 236; Conférances de droit pénal et d'instruction criminal militaire, I, p. 350, § 968; Dalloz, Répertoire, t. XXXV, p. 649, § 417; Chaveau et Hélie, Théorie, II. p. 577—578; Ortolan, Eléments, p. 183—185; Haus, Principes, I, § 569 и 572; Trébutien, Cours, I, p. 135—136 (этотъ писатель склоняется однако въ пользу абсолютнаго принципа, но съ ограниченіями); G. Meyer, Lehrbuch, s. 272—273; Merkel, Lehrbuch, s. 159—160.

или направленія дѣйствій лица, обязаннаго повиновеніемъ, предполагаетъ совпаденіе этого направленія съ тѣмъ, которое указано вождемъ. Тождественныя повелѣнія, исходящія отъ двухъ или многихъ лицъ, но обращенныя къ одному подчиненному, не вносятъ измѣненія въ юридическое значеніе и фактическое содержаніе приказанія, а также не сообщаютъ ему большей ясности. Они являются совершенно излишними и безполезными въ той же степени, какъ повтореніе всякаго дѣйствія, уже завершившагося и достигшаго цѣли. Повелѣнія же противоположныя, обращенныя къ одному лицу, лишаютъ этого послѣдняго возможности выполнить какое либо изъ нихъ. Сознавая логическую невозможность одновременнаго движенія по двумъ направленіямъ и немыслимость такого требованія со стороны верховнаго вождя, лицо, обязанное повиновеніемъ, будетъ вынуждено бездѣйствовать, такъ какъ два равносильные, но исключающіе другъ друга мотивы не могутъ вызвать дѣятельности. Только тогда, когда одинъ изъ мотивовъ исчезнетъ, наступитъ возможность повиновенія. Для этого необходима отмѣна однимъ изъ лицъ приказавшихъ своего повелѣнія. Если же этой отмѣны не послѣдуетъ со стороны лица приказавшаго, то коллизія приказаній можетъ быть рѣшена только третьимъ лицомъ, которое укажетъ направленіе дѣятельности, отвѣчающее волѣ вождя. Но это третье лицо должно быть едино, такъ какъ, при существованіи двухъ лицъ, возможно наступленіе вторичной коллизіи приказаній. Такимъ образомъ, дѣятельность военнослужащаго будетъ непрерывна и равномѣрна только тогда, когда она будетъ опредѣляться приказаніемъ одного лица, въ свою очередь обязаннаго повиновеніемъ тоже одному лицу и такъ далѣе до верховнаго вождя. Равномѣрность же и непрерывность войсковой дѣятельности вытекаетъ съ необходимостью изъ самого понятія войска, какъ единенія; всякое замедленіе въ движеніи составляющихъ его членовъ уничтожаетъ возможность вооруженной борьбы, такъ какъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ приложеніе не суммы силъ, а ряда силъ слагающихъ, дѣйствующихъ въ различные моменты времени. Верховный вождь указываетъ цѣль дѣятельности *войска;* каждый изъ пред-

ставителей воли вождя опредѣляетъ цѣль дѣйствій нѣкоторой *части войска*; а слѣдовательно и тѣхъ изъ входящихъ въ эту часть лицъ, которыя уполномочены, въ свою очередь, приказывать. Право большее всегда поглощаетъ право меньшее; право опредѣленія общей цѣли дѣйствія нѣкоторой группы лицъ предполагаетъ право указанія цѣли частной отдѣльнымъ членамъ этой группы.

Такимъ образомъ, войско слагается изъ ряда лицъ: послѣдовательно обязанныхъ повиновеніемъ,—подчиненныхъ, и—уполномоченныхъ приказывать,—начальниковъ; это право приказанія можетъ быть предоставлено въ каждый данный моментъ и въ отношеніи каждаго отдѣльнаго воина только одному лицу; право этого послѣдняго, въ отношеніи обязанныхъ ему повиновеніемъ, поглощается правомъ того лица, которому онъ, въ свою очередь, обязанъ повиноваться. Въ отношеніи даннаго подчиненнаго право приказывать не можетъ быть предоставлено двумъ лицамъ, если право одного изъ нихъ не поглощаетъ собою права другого, т. е. если ни одинъ изъ нихъ не обязанъ повиновеніемъ другому; иначе сказать, военнослужащій не можетъ быть подчиненъ двумъ *равнымъ* по власти начальникамъ.

Вторымъ условіемъ обязательности приказа является личность подчиненнаго, т. е. обязаннаго закономъ опредѣлять свою сознательную самодѣятельность согласно требованію повелѣвающаго. Только въ отношеніи этого второго лица, обязаннаго повиновеніемъ, приказъ начальника имѣетъ юридическое значеніе.

Условія времени и формы приказанія имѣютъ безспорно второстепенное значеніе, если особое постановленіе закона не ставитъ въ зависимость отъ нихъ самой обязательности начальническаго требованія. При наличности такой зависимости эти условія получаютъ, напротивъ, значеніе рѣшающее и ослабляютъ или совершенно отмѣняютъ обязанность повиновенія вообще или въ данный моментъ. Нижній чинъ, находящійся въ составѣ караула, остается юридически подчиненнымъ своему командиру роты, баталіона и т. д., но въ періодъ исполненія караульныхъ обязанностей эти прямые начальники утрачиваютъ право приказывать своему под-

чиненному, а этотъ послѣдній освобождается отъ обязанности повиноваться имъ.

Приказаніе коменданта караульному начальнику — допустить къ охраняемой карауломъ кладовой или къ денежному сундуку безъ соблюденія установленныхъ, напримѣръ, въ § 217—219 уст. гарниз. службы, формальностей, необязательно и не подлежитъ исполненію, хотя караульный начальникъ подчиненъ коменданту и обязанъ исполнять его приказанія.

Указанными субъективными и объективными признаками исчерпываются формальныя условія обязательности приказаній начальника. Если законодатель признаетъ ихъ достаточными и не установитъ условій матеріальныхъ, то всякое формально законное приказаніе должно разсматриваться какъ безусловно обязательное и все, совершенное подчиненнымъ во исполненіе предписаннаго, не можетъ быть вмѣнено ему въ вину. Непосредственной причиной невмѣненія будетъ въ данномъ случаѣ приказъ начальника; основной же причиной— законъ, сообщившій приказу безусловную обязательность.

Можетъ ли, однако, законодатель остановиться на такомъ рѣшеніи вопроса? Обязательность приказа, ограниченная только формальными условіями, очень близка въ своемъ существѣ къ обязательности безусловной. Жизненныя явленія и обстановка боевой дѣятельности войска настолько разнообразны, что человѣческій умъ не можетъ предвидѣть всѣхъ комбинацій, которыя вызовутъ собою необходимость приказывать. Если бы законодатель пожелалъ установить для всѣхъ случаевъ формальныя условія обязательности, то уничтожилъ бы тѣмъ совершенно возможность дѣйствовать, такъ какъ въ значительномъ большинствѣ случаевъ начальникъ не могъ бы выполнить предписанныхъ формальностей. Если же соблюденіе этихъ формальностей было бы обязательно лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, то во всѣхъ остальныхъ—повиновеніе подчиненнаго должно было бы быть слѣпымъ, безусловнымъ. Другими словами, создалось бы опять положеніе, невозможность котораго была доказана выше. *Воинскій приказъ можетъ быть обязателенъ для подчиненнаго только тогда, когда на ряду съ условіями*

формальной закономѣрности (всѣми или нѣкоторыми) *этотъ приказъ удовлетворяетъ условіямъ закономѣрности матеріальной.*

Дѣйствія человѣка преступны по своему содержанію, когда они опредѣляются представленіемъ о преступной цѣли или выполняются при помощи преступныхъ средствъ.

Законодатель не запрещаетъ гражданамъ прилагать къ внѣшнимъ предметамъ физическую силу, дозволяетъ пользоваться для своихъ нуждъ различными орудіями и оружіемъ. Но если непосредственной цѣлью физическаго насилія является личность другого человѣка или принадлежащее ему имущество, или, если цѣль дозволенная достигается средствами опасными и запрещенными, то дѣятельность гражданина признается преступной и наказуемой.

Какъ было указано выше, приказъ начальника указываетъ прежде всего подчиненному цѣль его дѣятельности, такъ какъ безъ указанія цѣли невозможно выполнить волю повелѣвающаго, а затѣмъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, опредѣляетъ и средства для достиженія цѣли. Военнослужащій обязанъ подчинять свою волю волѣ верховнаго вождя, а начальникъ есть лишь выразитель этой воли. Слѣдовательно, если начальникъ указываетъ подчиненному такую цѣль его дѣятельности, достиженіе которой запрещено вождемъ или закономъ, и *подчиненному это извѣстно*, то повиновеніе начальнику не можетъ быть обязательно для подчиненнаго. Въ равной мѣрѣ необязательно повиновеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда достиженіе подчиненнымъ правомѣрной цѣли предписывается ему съ намѣреніемъ устранить препятствія къ совершенію преступленія самимъ начальникомъ. Въ обоихъ случаяхъ повиновеніе подчиненнаго не только не обязательно, но даже преступно. Различіе дѣятельности начальника и подчиненнаго, съ юридической точки зрѣнія, въ первомъ и во второмъ случаѣ будетъ заключаться въ томъ, что начальникъ, указывающій подчиненному преступную цѣль, долженъ быть признанъ подстрекателемъ къ преступленію, а подчиненный совершителемъ его; если же цѣль преступная прикрыта приказаніемъ законнымъ, то подчиненный, знавшій о скрытой

цѣли, и несмотря на это, повиновавшійся, подлежитъ наказанію какъ попуститель. Приказаніе начальника не можетъ отмѣнять воли законодателя или вождя. Поэтому, при столкновеніи воли этого послѣдняго съ волею начальника, подчиненный обязанъ отказаться отъ повиновенія начальнику, независимо отъ той юридической квалификаціи, которую можетъ получить его, т. е. подчиненнаго, дѣятельность. Изъятія въ этомъ отношеніи по строгости наказаніи за совершенное дѣяніе возможны только для нарушеній, не опредѣленныхъ по содержанію въ законѣ, т. е. для дисциплинарныхъ проступковъ въ тѣснымъ смыслѣ. Признаніе дѣянія подлежащимъ наказанію дисциплинарному зависитъ всецѣло отъ начальника; законодатель не выражаетъ своей воли, а слѣдовательно, приказаніе начальника совершить дѣйствіе, которое этотъ же начальникъ *можетъ* въ другое время признать наказуемымъ,—обязательно, какъ отвѣчающее волѣ начальника и не противорѣчащее волѣ вождя.

Вопросъ о служебномъ и неслужебномъ характерѣ приказа долженъ быть признанъ совершенно излишнимъ, если приказъ преступенъ по своему содержанію. Служба войска есть дѣятельность, направленная къ достиженію: основной цѣли бытія вооруженной силы государства, именно, побѣды надъ непріятелемъ, и цѣлей посредствующихъ, лежащихъ на пути къ конечной цѣли, —знанія техники военнаго дѣла, воспитанія воиновъ и охраны внутренняго государственнаго порядка. Всякое распоряженіе или приказаніе начальника, отданное для достиженія главной или посредствующей цѣли, должно быть признано служебнымъ. Приказаніе же совершить или допустить совершеніе преступленія *не можетъ по существу своему быть служебнымъ* [1]). Такому приказанію можетъ быть придана *форма*, установленнная для

---

[1]) Того-же мнѣнія Calker, указан. сочин. стр. 112; Wilchelm, Commentaire, p. 87, § 1305 говоритъ: „подъ служебнымъ приказомъ слѣдуетъ разумѣть всѣ приказанія, относящіяся къ выполненію какой либо воинской обязанности“. „Приказъ относящійся къ службѣ... долженъ имѣть цѣлью совершеніе какого либо воинскаго дѣйствія“, Le code de justice militaire, Leclerc de Fourolles et Coupois, p. 109, p. II. Такое-же опредѣленіе даетъ Прусск. Генер. Аудит. рѣш. 1887 г. 20 янв. (см. Solms Strafr. u Strafproz., 1892); Contra—Hecker, Lehrbuch, s. 91—92; Weisl, D. Heeres Stracrecht, s. 167, Brauer, Handbuch, s. 29.

приказовъ по службѣ, но правомѣрность, а слѣдовательно, и обязательность требованія начальника по общему правилу совершенно не зависитъ отъ формы этого требованія. Узаконенный способъ выраженія начальникомъ своей воли не можетъ придать значенія закономѣрности ея преступному содержанію. Если начальникъ части въ письменномъ дневномъ приказѣ предпишетъ подчиненному совершить кражу у частного лица или растратить ввѣренныя по службѣ деньги, то, несмотря на служебную форму приказанія, оно въ обоихъ случаяхъ будетъ преступно и необязательно. Приказъ по службѣ, т. е. совпадающій съ волею вождя, не можетъ быть преступнымъ, т. е. отрицающимъ эту волю, и наоборотъ, приказъ противозаконный не можетъ быть служебнымъ. Онъ можетъ посягать на блага, охраняемыя нормами общаго или военнаго права, и въ зависимости отъ этого получитъ значеніе общаго или воинскаго преступленія, но, очевидно, это обстоятельство не отразится на рѣшеніи вопроса о правомѣрности или противозаконности приказа.

Такимъ образомъ, непремѣннымъ условіемъ обязательности приказа должно признать правомѣрность той цѣли, которую начальникъ предписываетъ достигнуть подчиненному, или той, которую начальникъ намѣренъ достигнуть лично, при вспомогательной дѣятельности подчиненнаго. Другими словами, необязателенъ формально законный приказъ, если начальникъ предписываетъ подчиненному дѣйствіе, которымъ достигается преступная цѣль или облегчается ея достиженіе.

Это первое условіе въ значительной степени ослабляетъ значеніе второго матеріальнаго условія—правомѣрности средствъ, такъ какъ вопросъ о нихъ можетъ возникнуть въ несравненно болѣе рѣдкихъ случаяхъ, когда законная цѣль достигается преступными средствами. Но въ виду того, что употребленіе этихъ послѣднихъ (не орудій, а именно средствъ, т. е. способовъ) неизбѣжно выражается въ запрещенной *по содержанію* дѣятельности, то общая формула, опредѣляющая преступный и, слѣдовательно, необязательный приказъ, можетъ быть выражена такъ: *не подлежитъ исполненію приказъ начальника, предписывающій подчиненному совер-*

шить дѣйствія, запрещенныя закономъ или, хотя и дозволенныя, но такія, которыми достигается преступная цѣль или облегчается ея достиженіе.

Преступное приказаніе, если оно было выполнено подчиненнымъ, влечетъ за собой тѣ или иныя уголовныя послѣдствія для приказавшаго начальника. Но возможно такое отношеніе къ совершенному дѣянію лица приказывающаго и повинующагося, когда *преступность приказанія и виновность начальника не лишаютъ его приказъ обязательной силы.*

Это будетъ имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе, законное по содержанію и цѣли, предписано некомпетентнымъ начальникомъ, т. е. не имѣющимъ по закону права приказывать подобнаго рода дѣйствія. Юридическая обязательность такого приказа будетъ зависѣть отъ слѣдующихъ причинъ. Лицо приказывающее уполномочено вообще быть выразителемъ воли вождя; приказаніе обращено къ подчиненному, вообще обязанному повиноваться; форма приказа законна, требуемое начальникомъ дѣйствіе также правомѣрно, слѣдовательно, исполняя данный приказъ, подчиненный не можетъ нарушить воли вождя; ее нарушаетъ начальникъ, чѣмъ навлечетъ на себя кару закона, но приказаніе само по себѣ, отвѣчая вполнѣ волѣ законодателя, сохраняетъ полную обязательность [1]). Отсюда слѣдуетъ, что *неисполненіе законнаго* требованія начальника, превышающаго свою власть, будетъ всегда преступно. Пояснимъ это примѣрами. Предположимъ, что законъ предписываетъ производить учебныя занятія войсковой части въ теченіе трехъ часовъ и предоставляетъ лишь опредѣленнымъ лицамъ право увеличенія этого срока; если, однако, начальникъ, не пользующійся такимъ правомъ, установитъ четырехчасовый періодъ занятій, то подчиненные обязаны будутъ исполнить это требованіе. Если начальникъ, не уполномоченный закономъ подвергать арестованію подчиненнаго, прикажетъ ему идти подъ арестъ, то подчиненный обязанъ повиноваться. Началь-

---

[1]) Того-же мнѣнія Calker, указ. сочин. стр. 115—116 Weisl допускаетъ невмѣненіе въ этихъ случаяхъ только при ошибкѣ подчиненнаго, указ. сочин. стр. 168.

никъ приказываетъ одному изъ подчиненыхъ совершить дозволяемую закономъ затрату казенныхъ денегъ въ размѣрѣ, требующемъ разрѣшенія высшаго начальника,— подчиненный обязанъ повиноваться, хотя начальникъ подлежитъ отвѣтственности за превышеніе власти.

Въ этомъ же смыслѣ и по тѣмъ же соображеніямъ разрѣшается вопросъ при некомпетентности *подчиненнаго*, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, когда данное дѣяніе, законное по своимъ элементамъ, предписывается не тому изъ подчиненныхъ, къ кругу обязанностей котораго оно относится, а другому.

Законность или преступность приказанія можетъ, наконецъ, зависѣть отъ наличности или отсутствія тѣхъ явленій внѣшняго міра, тѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, которыми законъ обусловливаетъ право начальника на предъявленіе къ подчиненному даннаго обязательнаго требованія. Другими словами, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законность приказанія можетъ быть поставлена въ зависимость отъ законности его основаній, причинъ. Начальникъ, отдавшій приказъ, законный по содержанію, но лишенный законныхъ основаній, въ смыслѣ несоотвѣтствія наличныхъ обстоятельствъ тѣмъ, которыя указаны въ законѣ, можетъ подлежать отвѣтственности за злоупотребленіе или превышеніе власти. Но сохраняетъ ли такой приказъ обязательную силу для подчиненныхъ? Какъ общее правило необходимо признать его обязательнымъ, но допустить вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторыя исключенія. Начальникъ есть не только выразитель воли вождя, но и истолкователь ея въ тѣхъ случаяхъ, когда въ повелѣніяхъ вождя не опредѣлены какіе либо элементы дѣятельности, напримѣръ, средства или время. Зависимость права приказа отъ наступленія извѣстныхъ явленій, равносильна указанію въ законѣ времени дѣйствія; все различье заключается въ томъ, что моментъ дѣятельности опредѣляется не по календарю и положенію солнца, а по времени наступленія событія. Если законодатель воспрещаетъ тѣ или другія дѣйствія въ извѣстный періодъ времени или, напротивъ, предписываетъ ихъ, но лишь при наступленіи точно указанныхъ событій, и при этомъ обращаетъ свои велѣнія ко всѣмъ военнослужащимъ, не различая началь-

ствующихъ и подчиненныхъ, то, какъ было указано выше, приказъ начальника и повиновеніе подчиненнаго, не совпадающіе въ отношеніи времени съ волею вождя, будутъ преступны. Если же законодатель опредѣляетъ солнечнымъ временемъ или событіемъ моментъ дѣятельности лишь начальниковъ, а не подчиненныхъ, то эти послѣдніе, какъ не призванные давать истолкованіе волѣ вождя, должны разсматривать приказъ какъ обязательный, хотя бы онъ, по ихъ мнѣнію, послѣдовалъ несвоевременно. Такъ, приказаніе караульнаго начальника стрѣлять во всякаго человѣка, приближающагося къ посту, не обязательно для часоваго, если случаи употребленія оружія указаны въ законѣ и поставлены въ зависимость отъ опредѣленныхъ по содержанію дѣйствій посторонняго лица. Если же, опредѣляя, напримѣръ, время увольненія нижнихъ чиновъ въ запасъ арміи, законодатель обращаетъ свое велѣніе лишь къ начальствующимъ лицамъ, то приказаніе этихъ послѣднихъ— уволить нижнихъ чиновъ ранѣе или позднѣе срока, обязательно для подчиненныхъ, хотя и преступно для начальника. При этомъ совершенно безразлично: будетъ ли время увольненія опредѣлено въ законѣ мѣсяцемъ и числомъ, или какимъ либо событіемъ, напримѣръ, днемъ окончанія лѣтнихъ занятій войскъ. Такимъ образомъ, если законодатель желаетъ оградить государство, общество и частныхъ лицъ отъ вредныхъ дѣйствій военнослужащихъ, которыя совершаются послѣдними во исполненіе приказаній, хотя и законныхъ, но не отвѣчающихъ явленіямъ общественной или войсковой жизни, то въ законѣ должно имѣть мѣсто соотвѣтствующее предписаніе, обращенное ко всѣмъ военнослужащимъ, независимо отъ ихъ служебнаго положенія. Такое спеціальное указаніе необходимо для тѣхъ случаевъ, когда лишенный законнаго основанія приказъ начальника можетъ повлечь за собой невознаградимый вредъ. Конечно законъ не можетъ дать по этому вопросу предписаній, исчерпывающихъ всѣ случаи, но важнѣйшіе должны быть указаны точно.

Такимъ образомъ, въ окончательномъ выводѣ, обязательность воинскаго приказа *должна быть всегда обусловлена:* 1) отношеніями подчиненности лица прыказы-

вающаго и лица воспринимающаго приказаніе [1]); 2) законностью цѣли приказывающаго и 3) законностью способовъ достиженія цѣли. *Въ нѣкоторыхъ точно указанныхъ закономъ случаяхъ* обязательность приказа *можетъ* быть обусловлена: 1) формой его, 2) временемъ и 3) законностью основаній. Некомпетентность начальника не оказываетъ вліянія на обязательность его приказа.

Изложенныя соображенія даютъ намъ возможность отвѣтить съ полной опредѣленностью на вопросъ о вмѣнимости въ вину подчиненному преступныхъ дѣяній, совершенныхъ имъ во исполненіе приказа начальника.

Дѣяніе человѣка преступно, когда оно *запрещено закономъ* подъ страхомъ наказанія. Опредѣленное по содержанію дѣяніе запрещенное можетъ стать дозволеннымъ только тогда, когда законъ отмѣнитъ свое запрещеніе, или предпишетъ совершеніе его въ данный моментъ, сохраняя обязательную силу общаго запрета, или, наконецъ, если законодатель дозволитъ при точно указанныхъ обстоятельствахъ совершеніе дѣйствій, запрещенныхъ при иной обстановкѣ. Отмѣна предписаній закона лицами ему подчиненными, т. е. гражданами государства, немыслима по самому существу понятія государства и верховной власти. Лицо, отмѣняющее законъ, присваиваетъ себѣ право законодателя и, слѣдовательно, если это лицо не есть глава государства, то оно узурпируетъ власть и ниспровергаетъ существующій правопорядокъ.

Начальнику не принадлежитъ право изданія или отмѣны законовъ; на него возлагается только *обязанность повиноваться* имъ. Военнослужащій пріобрѣтаетъ званіе и права начальника только вслѣдствіе велѣнія закона. Право приказа принадлежитъ начальнику не абсолютно, а лишь постольку, поскольку оно предоставлено ему вождемъ. Только повелѣніе этого послѣдняго сообщаетъ выраженной волѣ начальника юридическую обязательность. Внѣ закона воля начальника есть лишь воля гражданина. Слѣдовательно, приказаніе начальника

[1]) Van Calker отрицаетъ различіе между прямыми начальниками и лицами, имѣющими лишь качество начальника (напримѣръ дежурные по помѣщенію рядовые), стр. 97 указан. сочин.

подчиненному—совершить преступленіе, т. е. нарушить запретъ закона, никакой юридической обязательности имѣть не можетъ, и должно быть разсматриваемо какъ одинъ изъ видовъ склоненія, подговора, подстрекательства къ преступленію. Внѣшнимъ образомъ это подстрекательство выражается въ указаніи подчиненному преступной цѣли дѣйствія и преступныхъ средствъ къ достиженію цѣли. Эти два главнѣйшіе элемента приказа даютъ подчиненному возможность опредѣлить его необязательность и служатъ основаніемъ невмѣненія подчиненному въ вину неповиновенія, преступнаго и вмѣнимаго во всѣхъ другихъ случаяхъ. Если же избранная начальникомъ цѣль дѣйствія и предписанныя для достиженія этой цѣли средства указаны въ законѣ, то посягательство подчиненнаго на блага общества или частныхъ лицъ, заключающее въ себѣ всѣ внѣшніе признаки дѣянія наказуемаго, не преступно и не подлежитъ вмѣненію подчиненному въ вину, какъ явившееся результатомъ исполненія *установленной закономъ обязанности*. Причина невмѣненія въ этомъ случаѣ *не приказъ* начальника, *а велѣніе закона*. Приказъ опредѣляетъ лишь тотъ моментъ, въ который должна быть исполнена данная обязанность. Отвѣтственность подчиненнаго, дѣйствовавшаго самопроизвольно, нисколько не опровергаетъ только что высказанной мысли, такъ какъ исполненіе законной *обязанности*, съ нарушеніемъ установленнаго *порядка* или *ранѣе указаннаго въ законѣ времени*, есть нарушеніе закона, влекущее за собой уголовную отвѣтственность. Палачъ, казнившій преступника, зная, что приговоръ суда не вступилъ въ законную силу, долженъ подлежать отвѣтственности за умышленное убійство. Судебный приставъ, продавшій имущество должника ранѣе указаннаго въ публикаціи срока, подлежитъ наказанію за превышеніе власти, если особый законъ не предусматриваетъ этого дѣянія.

Если законъ устанавливаетъ извѣстныя обязанности и предписываетъ опредѣленнымъ лицамъ дѣйствія, необходимыя для исполненія этихъ обязанностей, то неизбѣжно въ законѣ должны быть указаны цѣли этихъ дѣйствій, время и способъ дѣятельности. Слѣдовательно, приказъ начальника, совпадающій по своимъ элементамъ

съ закономъ, есть не болѣе какъ передача подчиненному воли законодателя. *Но приказъ, какъ таковой, не можетъ служить причиной невмѣненія въ вину подчиненному дѣяній, совершенныхъ во исполненіе приказа, если эти дѣянія запрещены закономъ подъ страхомъ наказанія* [1]).

Этотъ выводъ, не допускающій, по нашему мнѣнію, никакихъ исключеній, требуетъ однако дополненія, въ виду того, что юридическое отношеніе начальника къ приказанному дѣянію можетъ быть не тождественно съ отношеніемъ къ этому дѣянію подчиненнаго. Эта сторона вопроса, насколько мнѣ извѣстно, совершенно не освѣщена въ юридической литературѣ. Приказъ начальника можетъ быть преступенъ безусловно, дѣйствіе, имъ предписанное, можетъ быть запрещено подъ страхомъ наказанія *какъ начальнику, такъ и подчиненному*, или же преступность приказа можетъ быть *ограничена по субъекту* — личностью подчиненнаго *или* начальника.

Возможны такого рода положенія, когда правомѣрность дѣйствій подчиненнаго находится въ прямой зависимости отъ приказа начальника. Дѣйствуетъ подчиненный *самостоятельно* — онъ нарушаетъ *запретъ* закона и подлежитъ уголовной отвѣтственности. Совершаетъ онъ тождественный по содержанію своему поступокъ *по приказу начальника*—дѣяніе его не только не преступно, но даже обязательно. При данномъ условіи приказъ начальника получитъ въ полномъ смыслѣ значеніе причины невмѣненія, такъ какъ *устранитъ противозакон-*

---

[1]) „Каждый человѣкъ, по общему правилу, отвѣтствуетъ за свои дѣйствія. Это положеніе не претерпѣваетъ измѣненій и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо дѣйствовало вслѣдствіе приказа, такъ какъ нѣтъ причины, которая могла бы устранить отвѣтственность“ говоритъ Calker (стр. 23 указан. сочин.). Того-же мнѣнія Kleeman, System S. 67, § 92.

Професоръ Кузьминъ-Караваевъ высказываетъ тотъ-же взглядъ по данному вопросу, но лишь въ иной формѣ. Установивъ основной принципъ „непреступности дѣянія, совершеннаго по приказу“ профессоръ признаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что дѣяніе, учиненное во исполненіе приказа, который противорѣчитъ закону, сохраняетъ свой преступный характеръ (стр. 273, Воен. уг. пр. ч. общ.). А далѣе на стр. 286 мы читаемъ: „дабы являться требованіемъ обязательнымъ для выполненія, а потому и причиной невмѣненія, приказъ военный всегда... долженъ быть по содержанію законнымъ“. Другими словами — приказъ противозаконный, не служитъ причиной невмѣненія; если-же приказъ законенъ, то нѣтъ вины подчиненнаго, и, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи о вмѣненіи въ вину.

ность дѣянія. Выше мы говорили о дѣйствіяхъ подчиненнаго правомѣрныхъ въ силу установленной закономъ обязанности, при чемъ приказъ опредѣлялъ лишь моментъ исполненія этой послѣдней. Здѣсь же мы имѣемъ въ виду дѣйствія подчиненнаго не только *для него* не обязательныя, но даже преступныя, которыя, однако, получаютъ значеніе правомѣрныхъ, если онѣ приказаны. Подобное положеніе возникаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда преступность дѣянія зависитъ отъ такого юридическаго отношенія подчиненныго къ объекту посягательства, *которое немыслимо между этимъ объектомъ и начальникомъ.* Характернымъ примѣромъ можетъ служить усмиреніе буйствующаго начальника его подчиненными. Допустимъ, что унтеръ-офицеръ въ пьяномъ видѣ производитъ безпорядокъ, дерется и вообще совершаетъ дѣянія, предусмотрѣнныя 192 ст. XXII кн. С. В. П. Его подчиненные, нижніе чины, рѣшившіеся принять лично насильственныя мѣры усмиренія, несмотря на полезныя, въ общемъ смыслѣ, результаты этихъ мѣръ, подлежали бы отвѣтственности за насиліе надъ начальникомъ. Если же подчиненные выполняютъ тѣ же дѣйствія вслѣдствіе приказа ихъ прямого начальника, совершенное насиліе не подлежитъ вмѣненію имъ въ вину.

Эта форма вліянія приказа начальника на отвѣтственность подчиненныхъ нисколько, однако, не опровергаетъ высказаннаго ранѣе положенія, такъ какъ начальникъ, выражая свою волю прекратить преступную дѣятельность одного изъ своихъ подчиненныхъ (въ приведенномъ примѣрѣ — унтеръ-офицера) указываетъ другимъ подчиненнымъ совершенно законную цѣль ихъ дѣйствій. Измѣнилъ бы приказавшій начальникъ эту цѣль, предписалъ бы, положимъ, бить унтеръ-офицера, — невмѣненіе этихъ дѣйствій повиновавшимся подчиненнымъ не могло бы имѣть мѣста.

Возможно обратное положеніе, когда приказъ начальника, *противозаконный* по цѣли и способу предписаннаго подчиненному дѣянія, не окажетъ вліянія на юридическое значеніе этого послѣдняго, хотя повлечетъ за собой отвѣтственность начальника. Въ этихъ случаяхъ, однако, не возникаетъ основаній говорить о невмѣненіи дѣянія въ вину подчиненному, такъ какъ безотвѣтствен-

ность этого послѣдняго будетъ зависѣть отъ юридической безразличности дѣянія.

Военнослужащій нанесъ своему товарищу (т. е. равному) оскорбленіе дѣйствіемъ; присутствующій начальникъ приказываетъ обиженному отвѣтить тѣмъ же обидчику. Приказаніе начальника противозаконно, дѣяніе же подчиненнаго безразлично, какъ погашающееся при взаимности обидъ.

Такимъ образомъ, высказанное выше положеніе должно быть дополнено слѣдующимъ: приказъ начальника можно разсматривать какъ причину невмѣненія въ вину лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда приказанное дѣяніе запрещено закономъ *только* подчиненному, но не начальнику. *Если же преступность дѣянія стоитъ внѣ зависимости отъ субъекта его, то приказъ начальника не можетъ служить причиной невмѣненія въ виду подчиненному приказаннаго и исполненнаго имъ дѣянія.*

Преступность здѣсь слѣдуетъ разумѣть въ объективномъ, а не субъективномъ смыслѣ, т. е. *невмѣняемость* начальника, отдавшаго приказъ, какъ справедливо говоритъ Weisl [1]), не можетъ служить основаніемъ невмѣненія дѣянія въ вину подчиненному. Состояніе безумія приказывающаго начальника не оказываетъ вліянія на виновность повиновавшагося подчиненнаго, если совершенное имъ дѣяніе запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія.

Въ силу того же принципа объективной противозаконности приказа, виновность начальника, превысившаго свою власть или приказавшаго какое либо дѣйствіе безъ достаточныхъ къ тому законныхъ основаній, не можетъ (съ указанными выше ограниченіями) вліять на правомѣрность повиновенія подчиненнаго, такъ какъ въ этихъ случаяхъ приказанное дѣяніе по существу своему, въ объективномъ смыслѣ, непреступно; оно лишь запрещено данному лицу, начальнику, т. е. противозаконно въ субъективномъ отношеніи.

Мы говорили до сихъ поръ о приказѣ, правомѣрность или преступность котораго зависѣла отъ юридическаго свойства указанной цѣли или предписанныхъ къ

---

[1]) Das Heeres-Strafrecht, s. 168.

ея достиженію средствъ. Но въ практической войсковой дѣятельности возникаютъ иногда такія комбинаціи явленій, при которыхъ приказъ законный во всѣхъ отношеніяхъ, будучи точно исполненъ, вызываетъ невознаградимый вредъ для государства, войска, общества или частныхъ лицъ. Подобные результаты возможны въ тѣхъ случаяхъ, когда, въ періодъ времени отъ момента приказанія до момента исполненія, обстоятельства, имѣвшіяся въ виду начальниковъ, существенно измѣнились. Послѣдствія приказанія не могутъ быть поставлены въ вину начальнику, но долженъ ли отвѣчать за эти послѣдствія подчиненный? или же точное повиновеніе приказу должно служить для него причиной невмѣненія въ вину? Рѣшеніе этого вопроса представляетъ затрудненіе въ томъ отношеніи, что вредныя послѣдствія приказаннаго дѣянія въ крайне рѣдкихъ случаяхъ будутъ совершенно неизбѣжны. Человѣческое сознаніе можетъ признать наступленіе явленія неизбѣжнымъ только тогда, когда оно совершается въ силу міровыхъ законовъ; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ можно говорить лишь о большей или меньшей *вѣроятности*, степень которой совершенно не поддается точному опредѣленію, а зависитъ отъ случайнаго стеченія обстоятельствъ и способностей дѣйствующаго лица.

Военные криминалисты, останавливавшіе свое вниманіе на этомъ вопросѣ, Dangelmaier, Weisl, Damianitsch [1]) не даютъ никакого опредѣленнаго и рѣшающаго отвѣта. Первые два писателя избираютъ обходный путь и признаютъ подчиненнаго безотвѣтственнымъ при *неисполненіи* въ подобныхъ случаяхъ приказанія начальника, но оставляютъ безъ отвѣта вопросъ о томъ — должны ли быть вмѣнены въ вину подчиненному *вредныя послѣдствія его повиновенія.* Damianitsch устанавливаетъ опредѣленное, но не исчерпывающее вопроса положеніе. Обязанность повиновенія, говоритъ указанный авторъ, прекращается, когда приказанное дѣяніе запрещено закономъ. Эта мысль не подлежитъ оспариванію, но мы имѣемъ въ данное время въ виду не пре-

---

[1]) Die Militär-Verbrecht. u. Verg. s. 53; Das Heeres-Strafrecht, s. 167; Studien, s. 59—71.

ступное приказаніе, а вполнѣ правомѣрное, но создающее при точномъ его исполненіи возможность *вредныхъ послѣдствій*. Подчиненный, повинуясь приказу; не посягаетъ на чье либо благо непосредственно, не нарушаетъ правовой нормы, а исполняетъ приказанное, сознавая вѣроятность или неизбѣжность, по его, исполнителя, мнѣнію, вреда государству или войску. Дѣяніе подчиненнаго можетъ въ этихъ случаяхъ получить иногда значеніе безмысленнаго, неразумнаго, но совершенно непреступнаго. Начальникъ отряда предписываетъ, черезъ ординарца, одной изъ воинскихъ частей атаковать непріятеля, предполагая его малочисленность. Положимъ, командиръ полка, получивъ это приказаніе, убѣждается съ несомнѣнностью въ такомъ превосходствѣ силъ непріятеля, которое не только не даетъ надежды на успѣхъ, но дѣлаетъ неизбѣжнымъ гибель ввѣренной ему войсковой части. Обязанъ ли онъ исполнить это приказаніе, имѣетъ ли право замедлить исполненіе, для извѣщенія невѣрно освѣдомленнаго начальника, и подлежитъ ли онъ отвѣтственности, если точно выполнитъ приказанное и потеряетъ тысячи людей, не принеся пользы государству?

Небезызвѣстный французскій военный писатель генералъ Grisot утверждаетъ, что Наполеонъ I былъ слѣдующаго, по этому вопросу, мнѣнія. „Командующій арміей не можетъ ссылаться въ оправданіе своихъ дѣйствій на приказъ военнаго министра или главы государства, которые удалены отъ театра военныхъ дѣйствій и не знаютъ положенія вещей въ данный моментъ. Каждый командующій арміей, который приступаетъ къ выполненію указаннаго ему плана дѣйствій, сознавая его неудовлетворительность и опасность, — преступенъ; онъ долженъ возражать, настаивать на измѣненіи этого плана, наконецъ, сложить съ себя обязанности, но не долженъ быть орудіемъ истребленія своихъ войскъ. Командующій арміей, который вслѣдствіе полученнаго приказа даетъ сраженіе, будучи увѣренъ проиграть его,— преступенъ. Военный приказъ требуетъ пассивнаго повиновенія только тогда, когда онъ полученъ отъ начальника, который присутствуетъ при его исполненіи, знаетъ всѣ обстоятельства, можетъ выслушать замѣчанія

исполнителя и дать ему объясненія"... „Наполеонъ считалъ себя обязаннымъ исполнить приказаніе правительства только тогда, когдо признавалъ его разумнымъ и допускалъ вѣроятность успѣха". Развивая эти соображенія авторъ идетъ далѣе и отвергаетъ обязательность приказа и въ томъ случаѣ, когда начальникъ предписываетъ подчиненному дать сраженіе во что бы то ни стало, т. е. если начальникъ говоритъ: „непріятель превосходитъ васъ качественно и количественно, вы потерпите пораженіе — безразлично, такова моя воля". По мнѣнію генерала Grisot, подчиненный обязанъ исполнить такой приказъ, если сознаетъ его полезность; въ противномъ случаѣ — подчиненный не долженъ повиноваться [1]).

Преклоняясь передъ величіемъ военнаго генія Наполеона и его авторитетомъ въ военномъ дѣлѣ, полагаю, однако, что приведенное мнѣніе не можетъ быть принято въ арміи. Если мы поставимъ обязательность приказа начальника въ зависимость отъ мнѣнія подчиненнаго о разумности этого приказа, то будемъ вынуждены признать существованіе войска немыслимымъ. На землѣ нѣтъ абсолютной разумности и безусловнаго вреда. По мнѣнію многихъ война не разумна и вредна; слѣдуетъ ли, однако, отсюда, что сторонникъ такого мнѣнія, будучи призванъ на военную службу, можетъ быть въ правѣ не повиноваться волѣ начальника? Солдатъ можетъ и обязанъ разсуждать, но онъ призванъ исполнять волю вождя, а не рѣшать вопросы о разумности его велѣній. Масштабъ всѣхъ дѣйствій подчиненнаго — законъ. Слѣдовательно, придя *къ убѣжденію о неизбѣжности вреда* при точномъ исполненіи приказа начальника, подчиненный: 1) если онъ имѣетъ возможность, обязанъ поставить своего начальника въ извѣстность о возникшихъ, но неизвѣстныхъ начальнику, препятствіяхъ и ожидать новаго приказанія; 2) если этой возможности нѣтъ, — обязанъ не исполнять приказа, такъ какъ начальникъ не требовалъ совершенія дѣйствій вредныхъ; въ этомъ случаѣ—неповиновеніе не можетъ быть вмѣ-

---

[1]) Maximes napoléoniennes, répértoire militaire. Obéissance. Par le général Grisot, 1898, p. 6—8.

нено подчиненному въ вину; 3) если начальникъ, несмотря на извѣщеніе подчиненнаго о неизбѣжности вреда, подтверждаетъ свое первое приказаніе, — подчиненный обязанъ повиноваться и вредныя послѣдствія этого повиновенія не могутъ быть поставлены ему въ вину; 4) обязанность повиновенія не возникаетъ при повтореніи приказанія, если начальникъ предписываетъ совершить преступленіе, т. е. указываетъ цѣль запрещенную и средства недозволенныя [1]); въ этомъ случаѣ содѣянное во исполненіе приказа подлежитъ вмѣненію въ вину подчиненному (очевидно, и начальнику).

Послѣднее положеніе приводитъ насъ къ вопросу о вмѣненіи подчиненному въ вину исполненнаго въ силу приказа дѣянія, т. е. *повиновенія*, а съ другой стороны — о вмѣненіи въ вину *неповиновенія*, если подчиненный заблуждался относительно юридической квалификаціи приказа начальника. Подчиненный призналъ приказъ начальника законнымъ, тогда какъ онъ былъ преступенъ, или подчиненный былъ убѣжденъ въ преступности приказа, въ дѣйствительности законнаго. Какъ должны быть разрѣшены эти случаи?

Установленное выше положеніе, что приказъ начальника, по своему существу, не можетъ быть причиной невмѣненія подчиненному въ вину содѣяннаго имъ, вслѣдствіе приказа, преступнаго дѣянія, даетъ намъ возможность разрѣшить постановленный вопросъ безъ особыхъ затрудненій.

Дѣйствіе человѣка самопроизвольное отличается въ психологическомъ отношеніи отъ дѣйствія приказаннаго только способомъ возникновенія мотива дѣятельности. Въ первомъ случаѣ цѣль и средства дѣятельности опредѣляются самимъ субъектомъ дѣянія, во второмъ случаѣ эти элементы слагаются въ сознаніи посторонняго лица и лишь усваиваются фактическимъ исполнителемъ задуманнаго дѣянія. Эта зависимость *психологическаго процесса* исполнителя отъ воли лица, задумавшаго то

---

[1]) „Противозаконный и въ существѣ своемъ ничтожный приказъ не пріобрѣтаетъ свойства законности отъ повторенія его“ — мысль Лабанда (приведена у Calker, указан. сочин. стр. 42).

или иное дѣйствіе, нисколько не измѣняется въ своемъ существѣ отъ служебнаго отношенія, установленнаго закономъ, между лицомъ, склоняющимъ къ преступленію, и выполняющимъ его. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія психологической, подстрекатель къ преступленію и начальникъ, приказывающій совершить преступленіе, стремятся къ достиженію желаемаго однимъ путемъ: и тотъ и другой, вліяя на подстрекаемаго или подчиненнаго, пытаются вызвать въ сознаніи его мотивъ дѣятельности, соотвѣтствующій избранной ими цѣли. Лицо, склоняющее другого къ преступленію, обольщаетъ послѣдняго выгодами, которыя можетъ дать преступленіе, старается заглушить голосъ совѣсти подговариваемаго, прибѣгаетъ къ воздѣйствію на чувство дружбы или любви, затѣмъ переходитъ къ требованіямъ и, наконецъ, къ угрозамъ. Начальникъ не имѣетъ надобности просить подчиненнаго, онъ знаетъ *привычку* послѣдняго повиноваться, поэтому онъ прямо требуетъ, приказываетъ и угрожаетъ *закономъ*, карающимъ по общему правилу неповинующагося. Такимъ образомъ, положеніе начальника облегчаетъ ему достиженіе преступной цѣли, уменьшаетъ дозу необходимой подстрекателю энергіи, но не измѣняетъ въ существѣ своемъ процесса возникновенія *мотивовъ* дѣятельности подстрекаемаго. Здѣсь слѣдуетъ проводить, однако, точное различіе между созданіемъ *мотивовъ* самодѣятельности подчиненнаго и *принужденіемъ* его къ дѣятельности. Принужденіе психическое вызываетъ въ сознаніи принуждаемаго мотивъ и желаніе дѣйствовать; принужденіе физическое — совершенно игнорируетъ область психическую и предполагаетъ полное несоотвѣтствіе дѣйствій принуждаемаго съ его сознаніемъ и желаніемъ. Слѣдовательно, при физическомъ принужденіи невмѣненіе содѣяннаго въ вину лицу, принужденному къ тому непреодолимой силой, не стоитъ совершенно въ зависимости отъ служебнаго положенія принуждаемаго. Психическое же принужденіе можетъ быть не чуждо этой зависимости, если лицо принуждающее пользуется своимъ авторитетомъ для воздѣйствія на чувство подчиненнаго. Но, какъ было выше указано, эта форма принужденія не должна быть смѣшиваема, *въ ея юридическомъ значеніи*, съ значеніемъ приказа,

какъ причины невмѣненія [1]). Принужденіе никогда не сообщаетъ дѣянію преступному свойство правомѣрнаго; *обязательный* приказъ, напротивъ, устраняетъ преступность дѣянія, воспрещеннаго по своему содержанію подъ страхомъ наказанія. Приказъ же *необязательный*, по своему отношенію къ *виновности* (но не наказуемости), можетъ быть разсматриваемъ лишь какъ одинъ изъ видовъ подстрекательства къ преступленію. Принудительный элементъ начальническаго приказа лежитъ не въ немъ самомъ, а въ законѣ, карающемъ неповиновеніе. Если же приказъ требуетъ преступнаго дѣянія, то угроза уголовнаго закона, а слѣдовательно, и элементъ принужденія отпадаетъ. Подстрекательство же къ преступленію, даже въ формѣ требованія, ни теорія уголовнаго права, ни законодательства цивилизованныхъ государствъ не признаютъ обстоятельствомъ, устраняющимъ вмѣненіе въ вину.

Повиновеніе подчиненнаго преступному приказу начальника есть одинъ изъ видовъ соучастія въ преступленіи. Начальникъ всегда подстрекатель; подчиненный—совершитель, пособникъ или недоноситель, въ зависимости отъ рода его дѣятельности. Содѣянное подчиненнымъ можетъ быть вмѣнено ему въ вину, если отношеніе его сознанія и воли къ явленіямъ внѣшняго міра отвѣчаетъ признанной конструкціи субъективной виновности. Если подчиненный сознавалъ совершаемое, предвидѣлъ его послѣдствія и былъ способенъ къ сознательному самоопредѣленію—содѣянное имъ во исполненіе приказа начальника подлежитъ вмѣненію въ вину. Если подчиненный сознавалъ, что ему предписывается достигнуть преступную цѣль или облегчить ея достиженіе; если, совершая правомѣрное по содержанію дѣяніе, онъ предвидѣлъ преступныя послѣдствія его; если онъ не былъ лишенъ въ моментъ дѣянія физической возможности согласовать свои движенія съ своей волею и разумомъ, — при наличности всѣхъ этихъ условій, подчиненный отвѣтственъ за свои поступки и они подлежатъ вмѣненію ему въ вину. Если же въ сознаніи

[1]) Того-же мнѣнія изъ военныхъ юристовъ Hecker, Lehrbuch, s. 89. Calker, указ. сочин. стр. 14 и 120—122. Литература общаго права по этому вопросу была указана выше (гл. III).

подчиненнаго отсутствовало представленіе о дѣйствительной цѣли приказаннаго ему дѣйствія (ошибка или невѣдѣніе), если онъ не предвидѣлъ преступныхъ послѣдствій правомѣрнаго дѣянія (случай) или былъ вынужденъ къ дѣятельности непреодолимою силою (физическое принужденіе) — субъективная виновность отсутствуетъ и вмѣненіе въ вину невозможно. Невѣдѣніе подчиненнымъ тѣхъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ дѣяніе его обратилось въ противозаконное, устраняетъ вмѣненіе содѣяннаго въ вину, такъ какъ въ сознаніи подчиненнаго отсутствовало представленіе *о дѣйствіяхъ* запрещенныхъ.

Иначе долженъ быть рѣшенъ вопросъ въ тѣхъ случаяхъ, когда отсутствовало сознаніе *запрещенности* дѣянія. Здѣсь можетъ найти себѣ полное примѣненіе предложенное нами выше раздѣленіе преступныхъ дѣяній на двѣ категоріи — вредныхъ по своему содержанію и заключающихъ въ себѣ лишь опасность вреда. Подчиненный, совершающій дѣяніе, непосредственно причиняющее вредъ государству, обществу или частнымъ лицамъ, не можетъ, если онъ вмѣняемъ, признавать эти дѣйствія полезными. Солдатъ, передающій тайну непріятелю, совершающій побѣгъ, убивающій начальника, продающій казенное оружіе, выданное ему для службы — не можетъ предполагать дозволенность этихъ дѣйствій и безвредность ихъ для государства и войска. Основаніемъ такой презумпціи въ военномъ быту служитъ воинское воспитаніе и обученіе. Въ отношеніи этой группы дѣяній отсутствіе сознанія вредности и запрещенности ихъ никогда не предполагается, а всегда должно быть доказано. Этимъ мы нисколько не хотимъ сказать, что на подчиненнаго возлагается тягость доказательствъ своей невиновности; вопросъ о *виновности* рѣшается общимъ порядкомъ обвинительнаго процесса и обязанность доказать эту виновность остается за представителемъ закона; подчиненный же, если онъ ссылается на невѣдѣніе о *вредоносности* содѣяннаго имъ, долженъ доказать лишь это невѣдѣніе, но не въ формѣ заявленія о незнаніи закона, запрещающаго вообще измѣну, убійство и т. д., а въ смыслѣ невѣдѣнія преступности даннаго, совершеннаго имъ дѣянія.

Возможность такого невѣдѣнія мыслима, напримѣръ, въ случаяхъ: убійства, по приказанію начальника, своего товарища, умирающаго въ страшныхъ мученіяхъ; продажи, по приказанію, плохого казеннаго оружія для пріобрѣтенія, съ затратой собственныхъ денегъ, лучшаго; похищенія у третьяго лица, по приказанію начальника, имущества, принадлежавшаго ранѣе приказывающему начальнику, но преступно захваченнаго этимъ третьимъ лицомъ и т. п.

Въ отношеніи дѣяній, представляющихъ лишь опасность вреда, сознаніе запрещенности ихъ не предполагается, а должно быть доказано, и только при наличности такого доказательства, дѣяніе подлежитъ вмѣненію въ вину, при чемъ приказъ начальника, не совпадающій съ волею законодателя, не устраняетъ вмѣненія. Если же сознаніе запрещенности, вслѣдствіе невѣдѣнія или заблужденія, отсутствовало, то повиновеніе, противозаконное лишь объективно, но не выражающее собой отрицанія воли законодателя, не подлежитъ вмѣненію въ вину.

Формальное различіе дѣяній первой и второй группы можетъ быть опредѣлено путемъ наименованія ихъ преступленіями и проступками.

Такимъ образомъ, формула закона, опредѣляющая отвѣтственность повиновавшагося приказу подчиненнаго, можетъ быть выражена въ слѣдующихъ выраженіяхъ: *подчиненный, исполнившій приказъ начальника, сознавая, что ему предписывается дѣяніе, которое имѣетъ цѣлью, совершеніе преступленія или проступка* [1]) *или способствованіе таковому, подлежитъ уголовной отвѣтственности на общемъ, указанномъ въ законѣ, основаніи,* какъ соу-

---

[1]) Meyer признаетъ возможнымъ въ отношеніи военнослужащихъ установить необязательность приказа только при тягчайшихъ преступленіяхъ (Verbrechen по терминологіи § 1 герм. уголов. улож., влекущихъ за собой смертную казнь и заключеніе свыше пяти лѣтъ), Lehrbuch, s. 263, anm. 51. Damianitsch, не находитъ никакихъ основаній для подобныхъ ограниченій, съ чѣмъ нельзя не согласиться (Studien, s. 75, anm. 79).

Профессоръ Неѣловъ допускаетъ „полное невмѣненіе, когда вслѣдствіе исполненія приказанія начальника возникаетъ нарушеніе военнаго порядка, и условное—когда возникаетъ нарушеніе общее“ (стр. 38. Курсъ, ч. общ.). Не говоря уже о томъ, что такой выводъ противорѣчитъ собственному мнѣнію профессора Неѣлова, высказанному на стр. 36—37 Курса (по поводу 69 XXII кн.), подобное разграниченіе равносильно полномочію совершать всѣ, до тягчайшихъ включительно, воинскія преступленія.

частникъ, пособникъ, попуститель, укрыватель или недоноситель, *въ зависимости отъ способа дѣятельности.*

Требованіе „сознанія" вредоносности или запрещенности приказаннаго дѣянія или цѣли его, дѣлаетъ очевиднымъ, что въ основаніе вопроса о виновности подчиненнаго долженъ быть положенъ субъективный, а не объективный критерій. Подчиненный есть соучастникъ преступленія; слѣдовательно, виновность его должна быть опредѣлена тѣмъ же путемъ, который принятъ для всѣхъ случаевъ совершенія преступныхъ дѣяній нѣсколькими лицами. Судъ обязанъ рѣшить вопросъ не о томъ: „могъ ли подчиненный сознавать", или „могъ ли подчиненный не сознавать", или „долженъ ли былъ подчиненный сознавать"; вопросъ можетъ быть только одинъ „сознавалъ ли подчиненный". Если судъ разсматриваетъ дѣло о лишеніи человѣка жизни выстрѣломъ изъ револьвера, то онъ прежде всего рѣшаетъ вопросъ: желалъ ли подсудимый лишить человѣка жизни? Только тогда, когда возникнетъ сомнѣніе въ наличности подобнаго желанія, судъ перейдетъ къ вопросамъ: имѣлъ ли подсудимый фактическую возможность предвидѣть наступленіе вредныхъ послѣдствій, которыхъ онъ не желалъ (неосторожность) или такой возможности не было совершенно (случай)? Преступленіе умышленное влечетъ за собой полную отвѣтственность, неосторожное — спеціальную, случайное—не вмѣняется въ вину. Тѣ же начала должны быть приняты и въ арміи, хотя бы дѣяніе было совершено по приказанію начальника. Подчиненный подлежитъ уголовной отвѣтственности, когда онъ исполнилъ приказъ начальника, „connaisant la criminalité de l'acte et s'y associant", какъ говоритъ Ortolan [1]). Формула „подчиненный подлежитъ отвѣтственности, когда онъ, исполняя приказъ начальника, *не могъ не видѣть,* что ему предписывается совершить дѣяніе преступное" противорѣчитъ основному началу уголовнаго права, которое допускаетъ вмѣненіе только при участіи сознанія и воли *лица дѣйствующаго,* а не посторонняго зрителя [2]). Если допустить возможность компенсаціи

[1]) Eléments du droit pénal, p. 184, § 476.

[2]) По этому вопросу см. профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, Воен уг. пр. ч. общ. стр. 287—289.

дефектовъ *сознанія* правонарушителя сознаніемъ другого лица, напримѣръ— судьи, то, во-первыхъ, элементъ сознанія необходимо исключить изъ понятія субъективной виновности, а во-вторыхъ,—допустить подобную компенсацію и для элемента *воли*, т. е. принять одновременно формулу „не желалъ, но могъ желать совершить преступленіе", такъ какъ воля, какъ способность къ самоопредѣленію, невозможна безъ участія сознанія. Другими словами, при указанной формулѣ закона, преступность дѣянія будетъ зависѣть исключительно отъ объективнаго нарушенія запрета, хотя бы совершенно случайнаго и даже безсознательнаго.

Кромѣ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ преступность дѣянія подчиненнаго зависитъ отъ отсутствія полномочій со стороны начальника, приказанное и выполненное подчиненнымъ дѣяніе можетъ быть вмѣнено ему въ вину лишь тогда, когда оно подлежало бы вмѣненію и при самобытномъ замыслѣ и желаніи подчиненнаго [1]). Если нельзя признать приказъ начальника причиной невмѣненія въ вину, то еще въ большей степени невозможно обусловить ответственность подчиненнаго исключительно объективной преступностью дѣянія. Если приказъ не уменьшаетъ числа случаевъ отвѣтственности лица за совершенныя имъ правонарушенія, то онъ не можетъ, не долженъ, увеличивать это число. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что область дѣяній субъективно преступныхъ, несравненно ограниченнѣе области дѣяній преступныхъ объективно. Убійство лицомъ невмѣняемымъ, или случайное, или вслѣдствіе ошибки—въ объективномъ смыслѣ преступно, но субъективной виновности лицъ, совершившихъ эти дѣянія, теорія права и законъ не признаютъ.

Сознаніе дѣйствующаго лица можетъ охватывать всѣ элементы дѣянія и его послѣдствій, можетъ быть частичнымъ, ложнымъ или можетъ совершенно отсутствовать. Дѣяніе повинующагося подчиненнаго можетъ быть неосторожнымъ, также какъ и всякое самостоятельное дѣйствіе; подчиненный можетъ ошибочно при-

---

[1]) Или, какъ говоритъ Damianitsch, если дѣяніе подчиненнаго, отвѣчаетъ въ объективномъ и субъективномъ отношеніи понятію соучастія (стр. 77, Studien).

знать приказанное дѣяніе правомѣрнымъ или, напротивъ, преступнымъ; можетъ, наконецъ, причинить вредъ случайно, совершенно его не предвидя. Неосторожность повиновавшагося подчиненнаго можетъ выразиться въ исполненіи дѣянія, о вредоносности котораго въ сознаніи его существовало сомнѣніе [1]). Только въ этомъ случаѣ, изслѣдуя психологическій процессъ, происходившій въ сознаніи повиновавшагося подчиненнаго, судъ будетъ въ правѣ остановиться на вопросѣ: могъ ли подчиненный сознавать преступность приказа? Однако, и здѣсь основаніемъ для такого вопроса будетъ служить субъективное сомнѣніе подчиненнаго въ связи съ обстоятельствами факта. При доказанной возможности предвидѣнія вредныхъ послѣдствій, т. е. доказанной недостаточной внимательности подчиненнаго, дѣяніе можетъ быть вмѣнено ему въ вину, но лишь какъ *неосторожное.* Мы полагаемъ, впрочемъ, что неосторожный, въ указанномъ смыслѣ, вредъ не подлежитъ вмѣненію, если подчиненный точно выполнилъ приказаніе. Основаніе для такого рѣшенія вопроса мы видимъ въ томъ, что подчиненный послѣ колебанія избралъ общій, обязательный для него путь повиновенія и, слѣдовательно, сознательно желалъ привести свою волю въ совпаденіе съ предполагаемою волею вождя. Намѣренія нарушить эту волю не было въ сознаніи подчиненнаго.

Въ томъ же смыслѣ, хотя по инымъ основаніямъ, долженъ быть рѣшенъ вопросъ о вмѣненіи въ вину подчиненному противозаконнаго дѣянія, совершеннаго вслѣдствіе приказа, ошибочно признаннаго правомѣрнымъ. Ошибка подчиненнаго можетъ выразиться въ ложномъ представленіи о цѣли, указанной ему начальникомъ, какъ о такой, достиженіе которой не только дозволено, но даже обязательно. Начальникъ приказываетъ подчиненному высѣчь розгами другого подчиненнаго; получившій приказаніе, предполагая, что начальникъ желаетъ наказать состоящаго въ разрядѣ штрафованныхъ, исполняетъ приказаніе; между тѣмъ, наказанный изъятъ отъ тѣлеснаго наказанія или не былъ пере-

[1]) Причиненіе вреда вслѣдствіе неосторожности подчиненнаго при совершеніи правомѣрнаго приказаннаго дѣянія квалифицируется по существующимъ общимъ правиламъ.

веденъ въ разрядъ штрафованныхъ. Унтеръ-офицера связываютъ по приказанію начальника два рядовыхъ; этотъ унтеръ-офицеръ обращается къ случайно пришедшему своему подчиненному и приказываетъ ему оттащить связывающихъ; подчиненный, не зная о приказаніи высшаго начальника, исполняетъ требованіе унтеръ-офицера. Въ обоихъ случаяхъ дѣяніе не можетъ быть вмѣнено въ вину подчиненному, такъ какъ онъ не зналъ тѣхъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ его дѣяніе обратилось въ противозаконное. Причина невмѣненія здѣсь не приказъ, а ошибка или невѣдѣніе [1]).

При обратной ошибкѣ подчиненнаго, отказавшагося повиноваться вслѣдствіе ложнаго убѣжденія о противозаконности приказанія, подчиненный подлежитъ отвѣтственности, такъ какъ повиновеніе есть общее правило, а неповиновеніе — исключеніе. Отказъ подчиненнаго исполнить приказаніе доказываетъ лишь незнаніе подчиненнымъ своихъ обязанностей и невниманіе къ нимъ. Но такъ какъ это неповиновеніе не имѣетъ цѣлью нарушить волю вождя, то отвѣтственность подчиненнаго не должна превышать той, которая опредѣлена закономъ за неисполненіе приказаній по невнимательности или небрежности.

Возможность подобныхъ нежелательныхъ ошибокъ сократится до minimum'а, если каждый начальникъ будетъ соблюдать то глубоко разумное, необходимое правило при отдачѣ приказаній, которое рекомендуетъ великій знатокъ военнаго дѣла — генералъ Драгомировъ: „попадешь въ начальники.... приказывай толкомъ, а не командуй дуромъ — „маршъ“, „впередъ“. Сначала скажи, что сдѣлать, чтобы всякій человѣкъ зналъ, куда и *зачѣмъ* идти, тогда и маршъ, и впередъ годится. *„Всякій воинъ долженъ понимать свой маневръ“* [2]).

Заслуживаетъ вниманія соображеніе Calker [3]) о юридическомъ значеніи того дѣянія подчиненнаго, которое онъ совершилъ, превысивъ приказаніе начальника. Если подчиненный, исполняя приказъ, исходилъ изъ

---

[1]) Того-же мнѣнія Dangelmaier, Die milit. Verbr. u. Verg. s. 17.
[2]) Солдатская памятка (изд. 2 для офицеровъ) стр. 28 и тоже для нижнихъ чиновъ (изд. 22-е), стр. 7.
[3]) Указан. сочин. стр. 123—124.

убѣжденія о его правомѣрности и совершилъ нѣчто большее по сравненію съ приказаннымъ ему, но не по личному желанію совершить правонарушеніе, а опираясь на исполняемый имъ приказъ, то эти, не имѣвшіяся въ виду начальника послѣдствія, не подлежатъ вмѣненію подчиненному, если онъ не вѣдалъ обстоятельствъ, которыя обратили его дѣяніе въ противозаконное.

Наконецъ, слѣдуетъ замѣтить, что противозаконный приказъ начальника, отданный *по просьбѣ* исполняющаго его подчиненнаго, ни въ какомъ случаѣ и ни при какихъ обстоятельствахъ не устраняетъ вмѣненія въ вину содѣяннаго [1]).

Приказъ высшаго *начальника*, отмѣняющій приказъ низшаго начальника, всегда служитъ причиной невмѣненія въ вину неповиновенія, оказаннаго второму изъ названныхъ начальниковъ, независимо отъ послѣдовательности этихъ приказовъ во времени.

IX.

Изложенныя въ предыдущей главѣ соображенія и указанный путь къ разрѣшенію вопроса о вліяніи приказа начальника на отвѣтственность провинившагося подчиненнаго вытекаютъ непосредственно изъ установленныхъ въ гл. I и II понятій войска, воинской дисциплины и дисциплинарнаго права. Этимъ понятіямъ, а также юридическому значенію воинскаго приказа, придается въ литературѣ и законодательствахъ настолько различное истолкованіе, что высказанные взгляды по этимъ вопросамъ могутъ найти себѣ какъ сторонниковъ, такъ и безусловныхъ противниковъ. Принципы общаго уголовнаго права завоевали уже себѣ мѣсто въ человѣческомъ сознаніи и многіе изъ нихъ пріобрѣли значеніе незыблемыхъ истинъ, юридической азбуки. Военно-уголовное право находится еще въ условіяхъ несравненно менѣе благопріятныхъ. Оно переживаетъ періодъ созиданія, когда все ново и многое требуетъ продолжительной и упорной борьбы, такъ какъ встрѣчаются съ

---

1) Подчиненный въ этихъ случаяхъ долженъ быть признанъ участникомъ преступленія по предварительному соглашенію (сравн. рѣш Прусск. Генер. Аудит. 1886 г. 12 Іюля, приведено у Hecker s. 94).

недовѣріемъ не только конечные выводы, но и основныя положенія. Единственной поддержкой въ этой борьбѣ можетъ служить надежда принести хотя бы самую малую пользу человѣческому знанію и подготовить почву для дальнѣйшей работы другихъ изслѣдователей. Въ войскѣ служили наши дѣдѣ и отцы, служимъ мы, а за нами дѣты и внуки. Можно ли при этомъ условіи оставлять безъ разрѣшенія основные вопросы войсковой правовой жизни? Можно ли также ставить незыблемость государственнаго и общественнаго правопорядка въ зависимость отъ *надежды* на правомѣрный образъ дѣйствій руководителей войска, начальниковъ? Войско должно существовать, но оно не должно быть орудіемъ преступленій. Абсолютныхъ гарантій неприкосновенности права нѣтъ, но мѣры, предохраняющія отъ посягательствъ, обязательны, если человѣчество располагаетъ возможностью примѣненія ихъ. Одной изъ этихъ мѣръ должна быть признана *обязанность* подчиненнаго не исполнять приказаній преступныхъ.

Отстаивать проведеніе высказанныхъ взглядовъ въ военномъ обществѣ и законодательствѣ было бы трудно, можетъ быть совершенно непосильно, если бы они были только личнымъ достояніемъ и не находили себѣ поддержки и одобренія въ другихъ. Первенство въ разрѣшеніи даннаго вопроса было бы не отрадно, а тягостно, такъ какъ давало бы слишкомъ ничтожную надежду на успѣхъ, не говоримъ реальный, а хотя бы только идеальный, въ смыслѣ указанія новаго пути изслѣдованій. Этого первенства въ данномъ случаѣ нѣтъ. Положенія, высказанныя въ предыдущей главѣ, установлены съ большей или меньшей опредѣленностью много лѣтъ назадъ; нашей задачей было лишь объединить и формулировать принципы, не связанные общей идеей. Отсутствіе же этой связи объясняется разновременностью возникновенія указанныхъ принциповъ и недостаточностью теоретическихъ изслѣдованій, которыя могли бы изъ отдѣльныхъ посылокъ сдѣлать общій, окончательный выводъ.

Установленный въ предыдущей главѣ принципъ: приказъ начальника не служитъ причиной невмѣненія въ вину подчиненному преступнаго дѣянія, совершен-

наго во исполненіе приказа, — признанъ въ дѣйствующемъ австрійскомъ военно-уголовномъ кодексѣ съ полной опредѣленностью, и существовалъ еще не такъ давно въ кодексѣ баварскомъ 1869 года. При изслѣдованіи другихъ кодексовъ мы увидимъ, что законодательства, не провозглашающія этого принципа и даже повидимому отвергающія его, возвращаются къ нему путемъ признанія исключеній изъ общаго правила.

Въ § 8 австрійскаго военно-уголовнаго кодекса сказано: „приказъ начальника не служитъ причиной невмѣненія въ вину преступленія или проступка, если законъ не устанавливаетъ въ этомъ отношеніи точнаго исключенія“. Эта формула охватываетъ всѣ мыслимыя преступныя дѣянія независимо отъ той формы, которую получитъ преступная дѣятельность подчиненнаго. Выразится ли она въ достиженіи преступной цѣли, или въ пособничествѣ къ ея достиженію, или въ употребленіи преступныхъ средствъ; будетъ ли дѣяніе, правомѣрное по своему содержанію, совершено въ недозволенное время,—во всѣхъ этихъ случаяхъ, если уголовный законъ содержитъ соотвѣтствующій запретъ, дѣяніе подчиненнаго должно быть вмѣнено ему въ вину, хотя бы оно было приказано начальникомъ. Совершитъ ли подчиненный воинское или общее преступленіе, будетъ ли приказъ носить форму служебнаго или частнаго требованія,—съ точки зрѣнія законодателя, приказъ не освобождаетъ подчиненнаго отъ отвѣтственности. Повидимому законъ дѣлаетъ исключеніе для „нарушеній“ (Uebertretungen), такъ какъ не упоминаетъ ихъ въ § 8 [1]). Но въ дѣйствительности такое истолкованіе въ данномъ случаѣ нельзя признать правильнымъ, во-первыхъ потому, что военно-уголовный кодексъ устанавливаетъ лишь два термина—„преступленія“ (Verbrechen, § 1) и „проступки“ (Vergehen, § 4), а во-вторыхъ, употребляя выраженіе „Uebertretung“, всегда присоединяетъ опредѣлительное слово „Disciplinar“ (см. напр. § 97, 98), изъ чего слѣдуетъ заключить, что § 8 не распространяется лишь на дисциплинарныя нарушенія. Такой выводъ вполнѣ отвѣчаетъ и теоретическимъ соображеніямъ, изложеннымъ въ предыдущей главѣ.

---

[1]) Это мнѣніе высказываетъ Calker, указ. сочин. стр. 88.

Затѣмъ, тѣ исключенія, о которыхъ упоминается въ § 8, при ближайшемъ разсмотрѣніи нисколько не нарушаютъ установленнаго принципа, такъ какъ непреступность повиновенія приказу, предписывающему воспрещенное по общему правилу посягательство, обусловливается, какъ мы сейчасъ увидимъ, не юридической обязательностью начальническаго требованія, какъ таковаго, а спеціальной обязанностью, возлагаемою закономъ на начальника въ опредѣленныхъ случаяхъ. Эти случаи были уже указаны нами въ гл. VI, при разсмотрѣніи дѣяній, не подлежащихъ вмѣненію въ вину, какъ вытекающихъ изъ обязанностей начальника по охраненію воинскаго и общественнаго порядка. Такъ, о приказѣ начальника, выполняющаго подобнаго рода обязанности, упоминается въ §§ 252, 255, 264, 282 и 499 (отказъ идти въ бой, бѣгство съ поля сраженія, распространеніе въ войскѣ смятенія и страха. грабительство, оставленіе рядовъ подъ предлогомъ отвода раненыхъ и плѣнныхъ). При этомъ въ § 252 употреблено выраженіе „начальникъ обязанъ", а § 256 угрожаетъ начальнику, не исполнившему этой обязанности, строгимъ наказаніемъ, доходящимъ до пяти лѣтъ тюремнаго заключенія (Kerker). Очевидно, что эти постановленія закона не могутъ разсматриваться какъ исключенія изъ общаго правила о вмѣнимости въ вину приказаннаго дѣянія; другихъ же, относящихся къ данному вопросу, постановленій мы не встрѣчаемъ въ кодексѣ.

Dients - Reglement, вообще не вполнѣ совпадающій по редакціи статей съ военно-уголовнымъ кодексомъ, повторяетъ положеніе, высказанное въ § 8, внося, однако, нѣкоторыя не ограничивательныя, но поясняющія выраженія. Пунктъ 66, §. 2 Dienst-Reglement освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности повиновенія приказу начальника, когда исполненіе этого приказа явно сопряжено съ нарушеніемъ другихъ обязанностей, освященныхъ присягою, или выражается въ посягательствахъ на благо государства и войска (службы), *а въ равной мѣрѣ, когда приказъ побуждаетъ къ совершенію воспрещеннаго уголовнымъ закономъ дѣянія*. Аналогичное постановленіе содержится въ пунктѣ b § 158 военно-уголовнаго кодекса, гдѣ также внесенъ признакъ явной

преступности приказанія. Значеніе этого признака, въ связи съ только что приведеннымъ постановленіемъ (курсивъ) пункта 66 Dienst-Reglement, разъясняется текстомъ второй половины этого пункта, который обязываетъ подчиненнаго воздержаться отъ исполненія приказа лишь послѣ того, какъ имъ, т. е. подчиненнымъ, „будутъ взвѣшены всѣ обстоятельства". Другими словами, законодатель, исходя изъ презумпціи законности приказа (презумпціи неизбѣжной въ военномъ быту), предостерегаетъ подчиненнаго отъ поступковъ опрометчивыхъ, и предписываетъ повиновеніе, если подчиненный лишь сомнѣвается въ законности приказа начальника. Это условіе находится въ прямомъ соотношеніи съ постановленіемъ § 3 военно уголовнаго кодекса, который признаетъ причинами невмѣненія въ вину: 1) ошибку, препятствующую распознанію преступности дѣянія (пунктъ е) и 2) отсутствіе предвидѣнія послѣдствій дѣянія (пунктъ f).

Не имѣя, однако, возможности отвергать всегда существующую нѣкоторую зависимость подчиненнаго отъ приказывающаго начальника, законодатель признаетъ приказъ обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину подчиненнаго (п. с § 114), что конечно не можетъ вызвать возраженій.

Тождественныя начала были приняты баварскимъ военно-уголовнымъ кодексомъ, который въ art. 65 содержалъ слѣдующее постановленіе: „приказъ совершить наказуемое дѣяніе не освобождаетъ, по общему правилу, повиновавшагося (den Thäter) отъ отвѣтственности. Однако, служебный приказъ, исполненіе котораго сопряжено съ нарушеніемъ уголовнаго закона, освобождаетъ подчиненнаго отъ отвѣтственности, когда онъ не превысилъ даннаго ему приказанія и не зналъ (wenn er weder... überschritten, noch gewusst hat), что исполненіе приказа имѣетъ цѣлью совершеніе преступленія или проступка". Вторая часть приведенной статьи закона, какъ бы опровергающая первое положеніе, въ дѣйствительности обусловливаетъ безотвѣтственность повиновавшагося подчиненнаго не обязательностью приказа, а невѣдѣніемъ преступной *цѣли* его, т. е. отсутствіемъ одного изъ элементовъ субъективной виновности (сравн.

art. 63). При этомъ заслуживаетъ вниманія, что въ первоначальную редакцію баварскиго кодекса было внесено условіе „несомнѣнности“ для подчиненнаго преступной цѣли приказанія, но при разсмотрѣніи проекта въ палатѣ депутатовъ это условіе было исключено и, такимъ образомъ, признана достаточной освѣдомленность подчиненнаго о преступной цѣли приказанія [1]), хотя бы не чуждая, слѣдовательно, нѣкоторой доли сомнѣнія [2]).

Военное законодательство германское признаетъ какъ бы полную обязательность приказа, устранящую совершенно отвѣтственность подчиненнаго. Такъ, первая часть § 47 опредѣляетъ: „если исполненіемъ приказа по дѣламъ службы будетъ нарушенъ уголовный законъ, то отвѣчаетъ за это единственно отдавшій приказъ начальникъ“. Однако, исторія возникновенія указаннаго § убѣждаетъ насъ въ томъ, что законодатель не имѣлъ намѣренія освобождать отъ отвѣтственности подчиненнаго, повиновавшагося преступному приказанію, и не желалъ возлагать на него обязанности безусловнаго повиновенія.

Приведенный текстъ первой части § 47 германскаго военно-уголовнаго кодекса дословно повторяетъ соотвѣтствующую часть § 71 прусскаго военно-уголовнаго кодекса 1845 года. § 71 получилъ въ 1860 году 27 мая автентическое истолкованіе, измѣнившее кореннымъ образомъ прямой смыслъ закона. Kabinet - Order разъяснилъ: „если при точномъ исполненіи приказа по службѣ будетъ нарушенъ *военно-уголовный* законъ, то отвѣчаетъ единственно приказавшій начальникъ; повиновавшійся же подчиненный несетъ отвѣтственность только тогда, когда исполненіе приказанія сопряжено съ

---

[1]) Koppmann, Militärstrafgesetzbuch, s. 73, p. 6.

[2]) Крайне своеобразно разрѣшаетъ вопросъ о вліяніи приказа на отвѣтственность подчиненнаго проектъ общеуголовнаго швейцарскаго кодекса (1896 года): третьей части art. 15 дана слѣдующая редакція — „n'est pas punissable celui qui aura commis un acte incriminé comme délit en exécution de l'ordre d'un supérieur et dans la croyance qu'il était obligé de s'y conformer“.

Можно отмѣтить также, между прочимъ, постановленія кодексовъ швейцарскихъ кантоновъ du Valais (1859 года изд. II 1880 года) art. 94 и de Veau (1867 г.) art. 56, которыя обусловливаютъ безотвѣтственность повиновавшагося подчиненнаго правомъ начальника, по его званію, приказать данное дѣйствіе.

нарушеніемъ воинской вѣрности“ [1]). Такимъ образомъ, въ отношеніи преступленій воинскихъ безотвѣтственность подчиненнаго была значительно расширена. Вторая часть § 71 вмѣняла подчиненному въ вину повиновеніе, если подчиненный зналъ, что приказъ начальника относится къ дѣянію, которое явно имѣетъ цѣлью преступленіе. Слѣдовательно, текстъ закона не дѣлалъ различія между преступленіями воинскими и общими. Между тѣмъ, по истолкованію Военнаго Кабинета, не подлежали вмѣненію повиновавшемуся подчиненному всѣ воинскія преступленія, кромѣ измѣны. Въ этомъ смыслѣ и Генералъ-Аудиторіатъ разъяснилъ значеніе приведеннаго Kabinet-Order [2]). Составители проекта дѣйствующаго военно-уголовнаго кодекса нашли возможнымъ еще болѣе расширить предѣлы безотвѣтственности подчиненнаго и, исключивъ изъ текста проектированной статьи содержаніе пункта 2 § 71 прусскаго кодекса, замѣнили его правиломъ, изложеннымъ въ Kabinet-Order 1860 года. Такимъ образомъ, приказанное и исполненное подчиненнымъ дѣяніе могло быть вмѣнено ему только въ тѣхъ случаяхъ, когда оно сопровождалось нарушеніемъ воинской вѣрности. При совершеніи всѣхъ другихъ преступленій они не вмѣнялись въ вину подчиненному, если онъ не превысилъ даннаго ему приказанія. Но въ рейхстагѣ подобное рѣшеніе вопроса не нашло одобренія и § 47 получилъ существующую въ настоящее время редакцію. Первая часть § 47, какъ мы видѣли, тождественна съ § 71 прусскаго кодекса; вторая же часть изложена такъ: „однако, исполнившій приказаніе подчиненный подлежитъ наказанію какъ участникъ (преступленія): 1) если онъ превысилъ данное ему приказаніе или 2) если ему было извѣстно, что приказъ начальника относится къ дѣянію, которое имѣетъ цѣлью общегражданское или воинское преступленіе или проступокъ“. Слѣдовательно, дѣйствующій законъ совершенно отказался отъ толкованія Военнаго Кабинета въ отношеніи преступленій воинскихъ и исключилъ изъ текста признакъ „явной“ преступности дѣянія. Если принять за-

---

[1]) Flech, Kommentar, 1869, s. 90—91.
[2]) см. Calker, указ. сочин. стр. 81—82.

тѣмъ во вниманіе, что законъ избралъ выраженіе „приказъ по дѣламъ службы" какъ противоположеніе „служебному приказу" (Dienstbefehl), то установленный въ первой части принципъ единоличной отвѣтственности начальника обратится въ формулу безъ содержанія. По разъясненію Генералъ-Аудиторіата 1887 года 20 января, приказъ по дѣламъ службы есть устный или письменный приказъ начальника, *имѣющій цѣлью исполненіе опредѣленнаго служебнаго дѣйствія* или основывающійся на общихъ служебныхъ распоряженіяхъ и инструкціяхъ [1]). Крайне трудно представить себѣ такой приказъ, который одновременно „имѣетъ цѣлью служебное дѣйствіе", а съ другой стороны — предписываетъ совершеніе „обще-гражданскаго или воинскаго преступленія или проступка". Если приказъ предписываетъ дѣйствіе не по службѣ, то онъ, по точному смыслу первой части § 47, не можетъ вообще служить причиной невмѣненія въ вину; если же онъ имѣетъ цѣлью преступное дѣяніе и только прикрытъ формой приказа по дѣламъ службы, то подчиненный, знавшій о преступной цѣли и, несмотря на это, повиновавшійся, подлежитъ отвѣтственности какъ соучастникъ. Слѣдовательно, по смыслу § 47 причиной невмѣненія въ вину совершеннаго подчиненнымъ, вслѣдствіе приказа, преступнаго дѣянія, должно быть признано невѣдѣніе о преступной цѣли начальника, иначе сказать, невѣдѣніе тѣхъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ дѣяніе получило значеніе противозаконнаго (§ 59 германскаго уголовнаго уложенія).

Если мы обратимся къ русскому законодательству, то увидимъ также, что въ нашей арміи, наряду съ принципомъ повиновенія «безъ разсужденія», устанавливались всегда ограниченія обязательности начальническаго приказа, сходныя или тождественныя ограниченіямъ другихъ законодательствъ. Но, однако, принципъ условной обязательности приказа никогда не получалъ въ нашей арміи той опредѣленности, которая имѣетъ мѣсто въ законодательствѣ австрійскомъ.

---

[1]) Solms, Strafg. u. Strafproz. (1892) s. 61.

Въ Артикулѣ Воинскомъ Петра I къ данному вопросу относятся артикулы 29, 30 и 53. Первый изъ нихъ опредѣляетъ: „тако-жъ имѣетъ подчиненный отъ всякаго непристойнаго разсужденія объ указахъ, которые ему отъ его начальника даны, весьма воздержаться". Въ толкованіи къ этому артикулу сказано: „ибо начальнику принадлежитъ повелѣвать, а подчиненному послушну быть". Въ артикулѣ 30 мы читаемъ: „естьли отъ вышнихъ офицеровъ указами что повелѣно будетъ, а противъ того, кто имѣетъ припомнить нѣчто, чрезъ которое онъ чаетъ Его Величества интересу болѣе вспомощи или опасаемое какое нещастіе и вредъ отвратить: тогда долженъ сіе честно своему командиру донесть.... Буде его припоминаніе не заблаго изобрѣтено будетъ, тогда долженствуетъ онъ то чинить, что ему повелѣно".

Генералъ П. О. Бобровскій въ объясненіяхъ къ артикулу 29 говоритъ, что законодатель имѣлъ въ виду воспретить „непристойное разсужденіе объ указахъ" *передъ подчиненными* [1]) На чемъ основано такое заключеніе изслѣдователя — совершенно неизвѣстно. Законъ упоминаетъ вообще о „разсужденіи объ указахъ", не опредѣляя—кто и при какихъ обстоятельствахъ будетъ „разсуждать"; но вмѣстѣ съ тѣмъ, артикулъ 29 воспрещаетъ *не всякое* разсужденіе, а лишь „непристойное", т. е. неприличное, ненадлежащее. Смыслъ выраженія „непристойное", помимо ясности его для каждаго русскаго, разъясняется, напримѣръ, артикулами 21 и толкованіемъ къ арт. 24. Въ первомъ говорится о поношеніи фельдмаршаловъ и генераловъ „непристойными и смѣшными словами", а въ арт. 24—о тѣхъ случаяхъ, когда „отъ генерала непристойнымъ образомъ поступлено будетъ" въ отношеніи офицера или солдата. Слѣдовательно, въ арміи Петра I, недопускалось лишь такое „разсужденіе" объ указахъ которое носило характеръ пренебреженія къ лицу приказывающему и къ общему установленному въ арміи порядку или же имѣло значеніе праздной, неумѣстной критики приказаній начальника. Разсуждать же „при-

[1]) Воен. право въ Россіи, вып. I, стр. 228.

стойно"—подчиненный имѣлъ право. Этотъ выводъ подтверждается артикуломъ 30, который разрѣшаетъ докладывать начальнику по поводу полученнаго приказа, о всемъ „черезъ которое онъ чаетъ Его Величеству интересу болѣе вспомощи или опасаемое какое нещастіе и вредъ отвратить". Очевидно, что подчиненный можетъ выполнить эту обязанность, только разсуждая о содержаніи приказанія начальника. Законодатель указываетъ даже, о чемъ именно можетъ и долженъ разсуждать подчиненный: во-первыхъ, о возможныхъ, но неизвѣстнымъ начальнику, вредныхъ послѣдствіяхъ приказанія и, во-вторыхъ, о томъ—касается ли приказаніе службы и пристойно ли солдату требуемое дѣяніе (арт. 53). Обязанность доклада для пользы службы о неизвѣстныхъ начальнику обстоятельствахъ возлагалась на подчиненныхъ и Краткимъ Артикуломъ (Меньшикова), который содержалъ тождественное артикулу 30 постановленіе въ ст. 8 главы VI. Существованіе подобнаго правила въ законодательствѣ, предшествовавшемъ Артикулу Воинскому Петра I, является между прочимъ доказательствомъ невѣрности сдѣланнаго генераломъ Бобровскимъ вывода о томъ, что Императоръ Петръ I требовалъ отъ подчиненныхъ повиновенія безусловнаго и отказался отъ принципа, принятаго въ артикулѣ 32 ново-шведскаго кодекса Карла XI [1]).

Артикулъ 53 Петра I опредѣлялъ: „ежели кто изъ офицеровъ солдатамъ, подъ командою его сущимъ, что нибудь прикажетъ: которое къ службѣ Его Величества не касается, и службѣ солдатской непристойно, тогда солдатъ не долженъ офицера въ томъ слушать"; въ толкованіи же поясняется: „команда офицерская болѣе не распространяется надъ солдатами, токмо сколько Его Величества и Его Государства *польза* требуетъ; а что къ Его Величества службѣ не касается, то и должность солдатская того не требуетъ чинить". Такимъ образомъ, законодатель указываетъ три условія необязательности приказа начальника: если требуемое дѣяніе „не касается службы", „непристойно" ей, или не соединено съ пользой Его Величеству или государству. При наличности

---

[1]) Указан. изслѣд., вып. I, стр. 229, 231.

этихъ условій солдатъ „не долженъ офицера слушать“. По изслѣдованію генерала Бобровскаго артикулъ 53, также какъ и 30, имѣетъ своимъ источникомъ артикулъ 32 шведскій, который освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности повиновенія въ тѣхъ случаяхъ, когда начальникъ прикажетъ нѣчто, не относящееся къ службѣ или выходящее за предѣлы власти приказывающаго (etwas anderes, als was unsere Dienste betrifft und ausser seinem Amt ist). Изъ сопоставленія этого артикула съ 30 артикуломъ Петра I генералъ Бобровскій дѣлаетъ заключеніе, что Царственный редакторъ Устава Воинскаго призналъ невозможнымъ такое рѣшеніе вопроса и установилъ обязанность подчиненнаго повиноваться „буде его припоминаніе не заблаго изобрѣтено будетъ“ [1]). Но такой выводъ противорѣчитъ какъ тексту приведенныхъ артикуловъ, такъ и другимъ соображеніямъ генерала Бобровскаго. Названный изслѣдователь признаетъ, что въ шведскомъ кодексѣ нѣтъ постановленія, соотвѣтствующаго артикулу 29 Петра I; артикулы же 30 и 53 (русскіе) имѣютъ своимъ источникомъ 32 артикулъ шведскій. Между тѣмъ было бы правильнѣе сказать, что и постановленіе 30 артикула русскаго не имѣетъ себѣ подобнаго въ законѣ шведскомъ, такъ какъ этотъ послѣдній въ артикулѣ 32 говоритъ *не о докладѣ приказавшему* начальнику о томъ, что „Его Величеству болѣе вспомощи оказать можетъ“, а лишь о неисполненіи приказаній „переходящихъ предѣлы власти (начальника) или противныхъ интересамъ службы“ (см. стр. 229 у генерала Бобровскаго). Правило, обязывавшее подчиненнаго докладывать начальнику о возможныхъ вредныхъ послѣдствіяхъ приказанія, было принято, какъ мы видѣли, въ Краткомъ Артикулѣ и могло быть перенесено оттуда въ Артикулъ Воинскій въ *дополненіе* къ постановленіямъ, заимствованнымъ изъ кодекса шведскаго, который, при условіяхъ, указанныхъ въ арт. 32, обязывалъ подчиненнаго доносить о полученномъ приказаніи полковому или генеральному суду, и не упоминалъ о докладѣ начальнику. Этотъ послѣдній, слѣдовательно, былъ лишенъ возможности отмѣнить,

---

[1]) Стр. 225 и 231 указан. изслѣд. вып. I.

вслѣдствіе доклада, свое приказаніе. Такимъ образомъ, необходимо признать, что Петръ I въ артикулѣ 53 преслѣдовалъ цѣль совершенно тождественную съ законодателемъ шведскимъ, а именно: желалъ предотвратить возможность исполненія такихъ приказаній, которыя не вытекаютъ изъ соображеній о государственной *пользѣ*, и, исходя изъ этой мысли, установилъ два принципа: 1) подчиненный *обязанъ* повиноваться, но имѣетъ вмѣстѣ съ тѣмъ право разсуждать „пристойно“ и докладывать начальнику о тѣхъ обстоятельствахъ, которыя начальникъ не имѣлъ въ виду, отдавая приказаніе, 2) подчиненный обязанъ *не повиноваться*, если приказаніе „не пристойно службѣ“ или *не полезно* государству. Послѣдній выводъ находитъ себѣ полное подтвержденіе въ текстѣ приложенной къ Артикулу Воинскому присяги, гдѣ сказано: „и ежели что вражеское и *предосудительное* противъ персоны Его Величества, или Его войска, такожде Его Государства, людей или интересу Государственнаго, что услышу или увижу, то обѣщаюсь объ ономъ, по лучшей моей совѣсти, и сколько мнѣ извѣстно будетъ, извѣщать и ничего не утаить; но *толь паче во всемъ пользу Его* и лучшее *охранять и исполнять*. А Командирамъ моимъ, поставленнымъ надо мною, *во всѣмъ, гдѣ* Его Царскаго Величества войскъ, Государства и людей *благополучіе и приращеніе касается*.... должное чинить послушаніе...“.

Полагаемъ, что, при такомъ взглядѣ законодателя на юридическую обязательность приказа, не можетъ быть и рѣчи о невмѣненіи подчиненному въ вину *преступнаго* дѣянія, совершеннаго во исполненіе приказа начальника [1]). Прямое указаніе по этому поводу мы находимъ лишь въ артикулахъ, карающихъ за сдачу крѣпости непріятелю, при чемъ встрѣчаемъ постановленіе, сохраненіе котораго въ дѣйствующемъ законодательствѣ можно было бы признать полезнымъ, въ виду возникающихъ въ военномъ обществѣ сомнѣній по вопросу объ обязательности въ такихъ случаяхъ приказа началь-

---

[1]) Сравн. Профессоръ Шендзиковскій, Исторія рус. воен. угол. зак. (окнспектъ) стр. 61.

ника [1]). Артикулъ 120 опредѣлялъ отвѣтственность (доходившую до смертной казни) офицеровъ и солдатъ, которые допустятъ „Коменданта прежде времени и не видя крайней нужды на аккордъ сдаваться, и одному отъ того не отсовѣтуютъ, или въ томъ его не удержатъ"; въ толкованіи же къ этому артикулу сказано: „того для въ такомъ случаѣ противленіе не токмо допущено, но и повелѣно такимъ образомъ, что если офицеры усмотрятъ, что Комендантъ безъ нужды крѣпость сдать похощетъ: тогда имѣютъ оные, приступя къ нему, прекословить и преклонять его къ должности; а ежели его отъ намѣренія такого уговорить не можно, онаго заарестовать и другого между собой вмѣсто его избрать....".

Принципъ условной обязательности приказа и отвѣтственности подчиненнаго, повиновавшагося преступному приказу начальника, сохранилъ свою силу и въ Уставѣ Военно-Уголовномъ 1839 года. Въ ст. 112—117 [2]), предусматривавшихъ обстоятельства, освобождающія виновныхъ отъ наказанія, указаны: случай, необходимая оборона, насильственное принужденіе и безуміе и сумасшествіе. Приказъ начальника не отнесенъ даже къ числу причинъ, уменьшающихъ вину (ст. 101—111). Въ статьѣ же 321 сказано: „офицеры, отдающіе нижнимъ чинамъ приказанія, не относящіяся къ службѣ и неприличныя солдатскому званію, наказываются по усмотрѣнію военнаго суда; нижніе же чины, за неисполненіе таковыхъ приказаній, не подлежатъ никакой отвѣтственности". Постановленія артикуловъ 29 и 30 были перенесены въ военно-уголовный уставъ въ искаженной, какъ справедливо замѣчаетъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, редакціи и образовали собой примѣчаніе къ ст. 274.

---

[1]) См. Русскій Инвалидъ 1901 г. №№ 226, 229, 235 и 238.

Prodiér-Fodéré приводитъ между прочимъ слѣдующее мнѣніе Наполеона I: Комендантъ крѣпости не можетъ ссылаться въ свое оправданіе на приказъ начальника, взятаго въ плѣнъ непріятелемъ. Начальникъ, находящійся во власти непріятеля, не можетъ уже приказывать; тотъ кто ему повинуется — преступенъ. (стр. 483 Commentaire: авторъ указываетъ сходныя мнѣнія многихъ другихъ военныхъ дѣятелей, стр. 481—489).

[2]) Изданіе 1864 года.

Очень близкое къ желательному рѣшеніе вопроса о вліяніи приказа на отвѣтственность подчиненнаго было предложено сенаторомъ Капгеромъ въ его первомъ проектѣ, но, къ сожалѣнію, избранная имъ система не была проведена послѣдовательно и законодательство наше, перейдя на путь условной безусловности, если можно такъ выразиться, поселило въ сознаніи военнослужащихъ тѣ недоумѣнія и сомнѣнія, которыя существуютъ понынѣ и не разсѣиваются практикой Главнаго Военнаго Суда.

Статья 139 проекта, перечисливъ въ первой части признанныя общимъ закономъ причины невмѣненія, опредѣляла въ второй части тѣ изъ нихъ, которыя вытекаютъ изъ „особыхъ о военнослужащихъ постановленіяхъ“ и въ числѣ ихъ: „исполненіе приказанія начальника, когда подчиненный не былъ соучастникомъ *въ преступномъ намѣреніи и дѣяніи*“. Здѣсь нѣтъ спорныхъ признаковъ „явной“ преступности, нѣтъ предрѣшенія вопроса о томъ, что могъ и что „не могъ не видѣть“ подчиненный. Критерій установленъ совершенно опредѣленный: подчиненный отвѣчаетъ за исполненіе приказа, когда онъ былъ соучастникомъ въ преступномъ *намѣреніи и дѣяніи*. Особенно обращаетъ на себя вниманіе этотъ первый признакъ „намѣренія“, т. е. представленія о цѣли дѣянія. Подчиненный, по смыслу проектированной статьи, подлежитъ отвѣтственности не только тогда, когда онъ совершитъ непосредственно дѣйствія, необходимыя для состава преступленія, но въ равной мѣрѣ онъ отвѣчаетъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда совершитъ что либо, хотя и не запрещенное закономъ, въ намѣреніи облегчить начальнику достиженіе преступной цѣли или устранить препятствіе къ ея достиженію. Отвѣтственность будетъ имѣть мѣсто и при томъ условіи, если подчиненный, узнавъ о задуманномъ преступленіи, не предупредитъ о немъ, вслѣдствіе запрещенія начальника, органовъ власти или угрожаемаго лица.

Придавать выраженію „соучастникъ въ намѣреніи“ значеніе предварительнаго соглашенія — въ данномъ случаѣ невозможно, такъ какъ соглашеніе есть дѣятельность добровольная, а повиновеніе — вынужденная. Когда

начальникъ приказываетъ, онъ не спрашиваетъ согласія подчиненнаго.

Составитель проекта не остался, однако, чуждъ вліянія иностранныхъ законодательствъ и, сдѣлавъ заимствованіе изъ этихъ послѣднихъ, совершенно нарушилъ установленный имъ принципъ юридической обязательности приказа. Этого заимствованія сенаторъ Капгеръ не скрывалъ самъ и кромѣ того оно слишкомъ очевидно изъ редакціи 145 ст. проекта и объясненій къ этой статьѣ. Указанная статья проекта имѣла слѣдующую редакцію: „если исполненіемъ приказанія начальника, отданнаго по службѣ, нарушается военно-уголовный законъ, то отвѣтственность за противозаконное дѣяніе обращается на одного начальника, согласно основному началу воинской дисциплины. Подчиненные подлежатъ отвѣтственности только въ тѣхъ случаяхъ, когда они превысили данное имъ приказаніе, или же исполняя приказаніе начальника по службѣ не могли не видѣть, что онъ имъ предписываетъ дѣйствовать противъ присяги и учинить преступленіе". Не трудно замѣтить, что это постановленіе повторяетъ почти дословно § 71 прусскаго военно-уголовнаго кодекса 1845 года, измѣненнаго указаннымъ выше истолкованіемъ Военнаго Кабинета. Сенаторъ Капгеръ ограничиваетъ безотвѣтственность подчиненныхъ *воинскими* преступленіями, *служебнымъ* характеромъ приказа въ смыслѣ „Befehl in Dienstsachen" и невозможностью не видѣть преступности приказаннаго дѣянія. Уклонившись отъ первоначально избраннаго пути, составитель, выражаясь его же словами, „не могъ не видѣть" противорѣчія своихъ положеній и неопредѣленности выводовъ, почему призналъ необходимымъ объяснить содержаніе 145 ст. Объясненіе это не могло, однако, исправить сдѣланной ошибки и лишь увеличило возможность недоумѣній. „По Воинскимъ Артикуламъ Петра Великаго", читаемъ мы на стр. 121—123 проекта, „подчиненные обязаны исполнять приказанія начальниковъ только въ дѣлахъ службы. Изъ сего слѣдуетъ, что исполненіе противозаконнаго приказанія начальника по дѣламъ не касающимся службы, не можетъ быть оправданіемъ подчиненнаго. Но приказаніе начальниковъ по дѣламъ службы, онъ обязанъ исполнять без-

прекословно, и чѣмъ опредѣленнѣе приказаніе, чѣмъ обширнѣе власть начальника, *тѣмъ менѣе* подчиненный въ правѣ разсуждать о *законности* и послѣдствіяхъ приказанія“.... „Обязанность исполнять приказаніе начальника для подчиненнаго прекращается, когда сіе исполненіе несогласно съ высшей его обязанностью вѣрной службы Царю и отечеству, такъ что безъ нарушенія имъ святости присяги и самое приказаніе начальника не можетъ быть исполнено. Слово «явно» имѣетъ тотъ смыслъ, что преступность дѣянія, которое начальникъ приказываетъ совершить, и для простого солдата очевидна [1]). Посему обязанность исполненія прекращается, когда оно относится къ совершенію преступленія государственнаго, къ измѣнѣ, возмущенію, побѣгу изъ арміи, похищенію казеннаго имущества и т. п.“—Это „и т. п.“ уничтожаетъ все сказанное составителемъ, такъ какъ, полагаемъ, что и онъ затруднился бы опредѣлить содержаніе формулы „и т. п.“. Оскорбленіе начальника, напримѣръ, не имѣетъ ничего общаго, по своему содержанію, съ побѣгомъ или похищеніемъ казеннаго оружія. Затѣмъ, устанавливая условное невмѣненіе для преступленій воинскихъ и полное вмѣненіе для преступленій общихъ и различая приказъ по дѣламъ службы и не относящійся къ службѣ, составитель проекта, во-первыхъ, установилъ принципъ совершенно формальный—занесенія преступленія въ военно-уголовный кодексъ, и оставилъ безъ опредѣленія понятіе служебнаго приказанія. При послѣдующихъ законодательныхъ работахъ проектъ лишь исправлялся, а не пересоставлялся, почему ошибка сенатора Капгера стала достояніемъ дѣйствующаго закона. Генералъ-Аудиторіатъ, желая, очевидно, исправить и улучшить проектъ, исключилъ ст. 139, а въ ст. 145 сдѣлалъ измѣненія, которыя лишь увеличили противорѣчія и неясность. Въ ст. 147 проекта Генералъ-Аудиторіата первая часть повторяла дословно соотвѣтствующую часть статьи 145 сенатора Капгера, во второй же части были исключены слова „по службѣ“, а дальнѣйшая редакція, послѣ фразы—„не могъ не видѣть“ была такова: „что онъ (на-

---

[1]) Сравн. Fleck, Kommentar, (1869) s. 90, p. 2, b.

чальникъ) имъ (т. е. подчиненнымъ) предписываетъ нарушить вѣрность службы или дѣйствовать противъ присяги и учинить преступленіе". Нельзя согласиться съ мнѣніемъ профессора Кузьмина-Караваева, что исключеніе словъ „по службѣ" не измѣнило смысла статьи [1]). Если Генералъ-Аудиторіатъ признавалъ вторую часть излишней, то ее слѣдовало совершенно исключить; при сдѣланномъ же измѣненіи, получился такой смыслъ: при исполненіи приказаній „по службѣ" подчиненные *никогда* не подлежатъ отвѣтственности (первая часть); если же приказъ отданъ не по службѣ, то дѣяніе должно быть вмѣнено подчиненному въ вину *только* тогда, когда они „не могли не видѣть... " и т. д. Этотъ выводъ неизбѣженъ, такъ какъ въ первой части статьи говорится о приказѣ „по службѣ", а во второй—о приказѣ, безъ опредѣленія его признаковъ [2]). Признакъ явности нарушенія былъ исключенъ Генералъ-Аудиторіатомъ, но внесенъ снова во второй проектъ (ст. 94), гдѣ редакція статьи вновь была измѣнена: послѣ словъ „не могли не видѣть" было сказано — „что онъ (начальникъ) имъ предписываетъ нарушить присягу и вѣрность службы или совершить дѣяніе явно воспрещенное закономъ". Эта редакція въ большей еще степени обнаруживаетъ колебаніе составителей по вопросу о вліяніи приказа на отвѣтственность подчиненнаго. Въ первой части статьи по прежнему сохранилось указаніе на нарушеніе военно-уголовнаго закона, а во-второй,—слово „преступленіе" замѣнено выраженіемъ „дѣяніе воспрещенное закономъ," т. е. хотя бы и не преступное, не наказуемое, а лишь воспрещенное.

Военно-кодификаціонная Комиссія придала ст. 65 проекта (69 ст. XXII кн.) крайне своеобразную редакцію, сохранившуюся и до настоящаго времени. „Въ случаѣ совершенія, по приказанію начальника, дѣянія, признаннаго судомъ преступнымъ, подчиненные подлежатъ отвѣтственности только тогда, когда они превы-

---

[1]) Воен. угол. пр. ч. общ. стр. 295.

[2]) Въ томъ-же смыслѣ высказался сенаторъ Капгеръ — (см. Объясненія на журналъ Комиссіи Высочайше учрежденной для разсмотрѣнія проекта, стр. 252—253) по поводу редакціи ст. 65 военно-кодификаціонной Комиссіи. которая, исключивъ первую часть статьи, сохранила выраженіе „приказъ" безъ опредѣлительнаго слова.

сили данное имъ приказаніе, или же исполняя приказаніе начальника не могли не видѣть, что онъ имъ предписываетъ нарушить присягу и вѣрность службы, или совершить дѣяніе, явно воспрещенное закономъ" (по окончательной редакціи „преступное"). Не говоря уже о грамматической невѣрности второго предложенія („признанное"=которое судъ призналъ, т. е. прошедшее время, совершенный видъ), оно даетъ основаніе предполагать, что законъ предоставляетъ суду право признать дѣяніе преступнымъ или не преступнымъ, такъ какъ данная редакція является единственной во всемъ законодательствѣ и какъ бы создаетъ изъятіе изъ общаго правила о томъ, что преступность дѣянія опредѣляется закономъ, а судъ устанавливаетъ лишь фактъ, его юридическую квалификацію и рѣшаетъ вопросъ о вмѣненіи дѣянія въ вину. Не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что законодатель не имѣлъ намѣренія создавать подобное изъятіе, но оно можетъ быть предполагаемо вслѣдствіе крайне неудовлетворительнаго изложенія статьи закона. Затѣмъ, сохранивъ формулу „не могли не видѣть", законъ нарушилъ основной принципъ уголовной отвѣтственности, которая требуетъ субъективной, а не объективной виновности лица. Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ признаетъ, что въ основѣ указанной формулы положенъ принципъ субъективный [1]), но это мнѣніе можетъ быть оспариваемо. Формула „не могъ видѣть" устанавливаетъ лишь объективную невозможность получить зрительное впечатлѣніе; „не могъ не видѣть" предусматриваетъ обратный случай *возможности*, которая по существу своему, какъ нѣчто вѣроятное при данныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть только *объективной*. Когда мы говоримъ: такой-то не могъ не видѣть, что здѣсь прошелъ человѣкъ, то мы дѣлаемъ лишь предположеніе, болѣе или менѣе вѣроятное, основанное на изслѣдованіи нами положенія лица и окружающихъ его предметовъ, т. е. говоримъ объ объектахъ и субъектѣ, который былъ способенъ воспринять явленіе внѣшняго міра, но совершенно не касается вопроса о впечатлѣніяхъ и дѣйствительномъ сознаніи этого субъекта. Прин-

---

[1]) Указан. сочиненіе стр. 299.

ципъ субъективный требуетъ не оцѣнки *явленій* съ точки зрѣнія субъекта, а изслѣдованія *сознанія и воли его*. Такимъ образомъ, если бы законодатель избралъ субъективный критерій виновности подчиненнаго, то долженъ былъ бы употребить выраженіе „видѣлъ“ [1]).

Далѣе указаны въ законѣ тѣ признаки, которые лишаютъ приказъ его обязательной силы, а именно: требованіе „нарушить присягу и вѣрность службы, или совершить дѣяніе явно преступное“. Первую часть формулы можно признать или совершенно излишней, или загадочной. Что значитъ „нарушить присягу и вѣрность службы“? Присяга есть обѣщаніе, освященное религіей, слѣдовательно, нарушеніе присяги есть неисполненіе клятвы. Въ присягѣ военнослужащій обѣщается: „вѣрно и нелицемѣрно служить“, „всѣ къ Высокому Его Императорскаго Величества Самодержавству, силѣ и власти принадлежащія права и преимущества... исполнять“, „врагамъ... чинить сопротивленіе“, „во всемъ стараться споспѣшествовать, что къ Его Императорскаго Величества вѣрной службѣ и пользѣ государственной, во всякихъ случаяхъ касаться можетъ“, „объ ущербѣ Его Величества интереса, вредѣ и убыткѣ... не только... объявлять, но и всякими мѣрами отвращать и не допущать“, „ввѣренную тайность хранить“, „начальникамъ во всемъ, что пользѣ и службѣ Государства касаться будетъ... чинить послушаніе“, „все по совѣсти исправлять“, „отъ команды не отлучаться“. Слѣдовательно, исходя изъ формулы 69 ст. XXII кн. солдатъ прежде всего долженъ не нарушать данныхъ имъ обѣщаній, хотя бы по приказу начальника, а затѣмъ („или“) не совершать по приказу явныхъ преступленій. Но, нарушеніе тѣхъ обязанностей, которыя поименованы въ присягѣ, всегда преступно въ юридическомъ смыслѣ и предусмотрѣно уголовнымъ закономъ. Въ выраженіяхъ не всегда точныхъ присяга упоминаетъ, однако, всѣ мыслимыя преступныя дѣянія (измѣна, бунтъ, посягательство

---

[1]) Того-же мнѣнія профессоръ Таганцевъ, Курсъ I, стр. 193—194: воинскій уставъ принимаетъ объективную, а не субъективную оцѣнку этого условія (противозаконности приказа), такъ какъ онъ говоритъ—„не могъ не видѣть“, вмѣсто болѣе вѣрнаго положенія,—„видѣлъ противозаконность“.

на верховную власть, причиненіе ущерба государству, а слѣдовательно, и подданнымъ, неповиновеніе начальникамъ, побѣгъ). Если же принять во вниманіе, что до принятія воинской присяги, каждый подданный приноситъ всенародную присягу, то содержаніе обязанностей военнослужащаго будетъ опредѣлено еще полнѣе, такъ какъ во всенародной присягѣ, вслѣдъ за словами „вѣрно и нелицемѣрно служить“ сказано „и во всемъ повиноваться“, т. е. повиноваться волѣ Монарха, закону, такъ какъ о повиновеніи начальникамъ въ присягѣ упоминается особо. Такимъ образомъ по смыслу присяги, каждое преступленіе, т. е. неповиновеніе закону, есть нарушеніе клятвы. Слѣдовательно, приказаніе „нарушить присягу и вѣрность службы“ всегда преступно и второе выраженіе „совершить дѣяніе явно преступное“ охватываетъ собой содержаніе перваго. Если же допустить, что такого совпаденія нѣтъ, то содержаніе 69 ст. уяснить себѣ невозможно, такъ какъ законъ нашъ знаетъ лжеприсягу исключительно судебную, но не предусматриваетъ особо нарушенія присяги воинской или вѣрноподданической. Остается единственный путь къ истолкованію закона, именно, указанный Главнымъ Военнымъ Прокуроромъ при пересмотрѣ Дисциплинарнаго Устава въ Комиссіи 1888 года. Генералъ-Адъютантъ Имеретинскій въ засѣданіи комиссіи 3-го февраля по поводу редакціи 3 статьи Дисциплинарнаго Устава высказалъ мнѣніе (къ которому присоединились члены комиссіи) о томъ, что выраженіе означенной статьи—„нарушить присягу и вѣрность службы“ надо понимать въ тѣсномъ смыслѣ, т. е., что эти слова закона обнимаютъ собою лишь преступленія государственныя, а не въ обширомъ смыслѣ— какъ бы запрещенія нарушать вообще законы Имперіи, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ заключительныя слова статьи „или совершить дѣяніе явно преступное“ являлись бы совершенно излишними“ [1]). Слѣдовательно, указанное выраженіе 69 ст. XXII кн. имѣетъ въ виду только раздѣлъ III Улож. о наказ угол. и исправ.: „О преступленіяхъ противъ Священной Особы Государя Импе-

---

[1]) Законодательное дѣло Гл. Воен. Судн. Управ. по пересмотру Дисциплинарнаго устава изд. 1869 г., I отд. 3 ст. № 58 (1882—1888 г.) т. V, журналъ № 2.

ратора и Членовъ Императорскаго Дома“ ст. 241—248; „О бунтѣ противъ Власти Верховной и государственной измѣнѣ“ ст. 249—261. Что же слѣдуетъ разумѣть подъ выраженіемъ „дѣяніе явно преступное“? Нѣкоторыя указанія для разрѣшенія этого вопроса мы можемъ найти въ соображеніяхъ комиссіи по пересмотру Дисциплинарнаго Устава въ 1888 году.

Статья 3 Устава Дисциплинарнаго 1869 г, имѣла слѣдующую редакцію: „при безпрекословномъ исполненіи младшими приказаній старшаго, онъ одинъ отвѣчаетъ за послѣдствія своего приказанія, кромѣ лишь случаевъ, въ военныхъ законахъ именно указанныхъ“ [1]). Проектированная статья 3 (впослѣдствіи 2) была образована изъ двухъ частей: первая часть повторяла основное положеніе 145 ст. проекта сенатора Капгера и только что приведенную статью 3 Устава Дисциплинарнаго, а вторая часть соотвѣтствовала второй части ст. 69 XXII кн. [2]).

Комиссія подъ предсѣдательствомъ Генералъ-Адъютанта Гурко высказала по поводу заключительныхъ словъ проектированной 3 ст. „совершить дѣяніе явно преступное“ слѣдующія соображенія: „понятіе явной преступности *весьма относительно, сложно и крайне растяжимо;* то, что въ глазахъ подчиненнаго покажется явно преступнымъ, на дѣлѣ можетъ не быть таковымъ, особенно при исключительныхъ обстоятельствахъ, напримѣръ, военнаго времени; напротивъ, оно можетъ оказаться даже дѣяніемъ, которое начальникъ рѣшился взять на свою отвѣтственность именно въ силу принятой имъ присяги и потому что другого средства не оставалось для исполненія важнаго порученія, на него возложеннаго“. А потому комиссія положила: „изъ общаго правила о безусловной обязательности для подчиненныхъ приказанія начальника допустить исключеніе лишь для тѣхъ случаевъ, когда начальникъ приказываетъ нарушить присягу и вѣрность службы“, послѣднюю

---

[1]) Заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что законъ говорилъ о „младшихъ“ и „старшихъ“, создавая такимъ образомъ, обязанность полнаго повиновенія лицу, не имѣющему никакихъ начальническихъ правъ.

[2]) См. Проектъ устава дисциплинарнаго, разосланый въ 1886 г. Начальникамъ военныхъ округовъ для разсмотрѣнія.

же часть статьи и ссылку на 69 ст. комиссія рѣшила исключить изъ проекта [1]). Въ этомъ небольшомъ извлеченіи изъ журнала комиссіи мы находимъ строгую отрицательную критику формулы „дѣяніе явно преступное". Оно „весьма относительно, сложно и крайне растяжимо"; мнѣнія подчиненнаго и начальника о преступности приказанія могутъ не совпадать (комиссія указала одинъ случай, а возможно и обратное положеніе, когда приказаніе завѣдомо для начальника преступное не будетъ таковымъ въ сознаніи подчиненнаго), другими словами,—судъ можетъ признать явно преступнымъ такое дѣяніе, о противозаконности котораго подчиненный не подозрѣвалъ. По мнѣнію комиссіи могутъ быть такія „исключительныя обстоятельства", которыя вынудятъ начальника взять „на свою *отвѣтственность*" приказаніе, имѣющее признаки преступности, а слѣдовательно, нельзя допустить разсужденій подчиненнаго о воспрещенности приказываемаго. Что значитъ „взять на свою отвѣтственность"? За преступленіе каждый отвѣчаетъ, но не потому что онъ принялъ на себя эту отвѣтственность, а потому что законъ караетъ преступника, совершенно не спрашивая его на то согласія или желанія. Внутренній смыслъ приведеннаго выраженія можетъ быть только тотъ, что начальникъ принимаетъ на себя *отвѣтственность подчиненнаго*, иначе сказать, освобождаетъ его отъ обязанности понести наказаніе. Какъ же можетъ начальникъ выполнить такое перенесеніе отвѣтственности? Вѣдь уголовный законъ не знаетъ замѣстительства преступниковъ, — каждый отвѣчаетъ за себя. Принятіе преступнаго приказанія на „свою отвѣтственность" есть не болѣе какъ красивая фраза, лишенная всякаго юридическаго значенія. Тѣ исключительныя обстоятельства, о которыхъ говоритъ комиссія, совершенно не требуютъ представительства передъ уголовнымъ закономъ, такъ какъ они предусмотрѣны имъ въ постановленіяхъ о состояніи крайней необходимости, которая, конечно, можетъ возникнуть не только для частныхъ лицъ, но и для должностныхъ, при исполненіи ими обя-

---

[1]) Законодательное дѣло Гл. Воен. Судн. Управ. I отд. 3 ст. № 58 (1882—1888) т. V, журналъ 27 января № 1 (нумераціи по страницамъ нѣтъ).

занностей службы. Начальнику не придется принимать что либо на свою отвѣтственность, такъ какъ законъ освобождаетъ его отъ таковой.

Если „крайне растяжимо" понятіе явной преступности, то „исключительный случай" совершенно не поддается опредѣленію. Исходить же при рѣшеніи юридическихъ вопросовъ изъ формулъ безъ содержанія — врядъ ли возможно. Невѣрность основного положенія привела комиссію къ выводу, неудовлетворительность котораго она сознала, выслушавъ заключеніе Главнаго Военнаго Прокурора. Это заключеніе заслуживаетъ большого вниманія, поэтому мы позволимъ себѣ сдѣлать изъ него нѣкоторыя извлеченія. По мнѣнію Главнаго Военнаго Прокурора, при истолкованіи выраженія „нарушить присягу и вѣрность службы" въ обширномъ смыслѣ, статья 3 безъ послѣднихъ словъ ея („совершить дѣяніе явно преступное") заключала бы въ себѣ противорѣчіе, потому что по началу ея выходило бы, что подчиненный вообще не отвѣчаетъ за совершеніе, по приказанію начальника, всякаго дѣянія, и что отвѣтственность за таковое падаетъ всецѣло на начальника, по концу же статьи оказывалось бы, что отвѣчаетъ всегда и подчиненный, потому что, совершая преступленіе или даже проступокъ, онъ съ тѣмъ вмѣстѣ нарушаетъ принятую имъ присягу, какъ клятву — строго сообразоваться въ своихъ дѣйствіяхъ съ правилами, установленными закономъ вообще. Но съ другой стороны, разъ установлено, что подъ словами „нарушить присягу и вѣрность службы" надо понимать лишь совершеніе государствнныхъ преступленій, то, съ исключеніемъ изъ означенной статьи послѣдующихъ словъ — „или совершить дѣяніе явно преступное", подчиненный будетъ обязанъ исполнять безпрекословно уже всякое приказаніе начальника, лишь бы оно не заключало въ себѣ признаковъ именно государственнаго преступленія, т. е. иными словами, статьею 3, въ принятой комиссіею редакціи, подчиненному какъ бы разрѣшается, по приказанію начальника, безнаказанно совершить всякое другое преступленіе, предусмотрѣнное уголовнымъ закономъ [1]).

---

[1]) Указанное дѣло, засѣданіе 3 февраля, журналъ № 2.

Комиссія въ этомъ засѣданіи не согласилась, однако, на измѣненіе редакціи ст. 3, руководствуясь „главнымъ образомъ, соображеніями о трудности и даже невозможности для подчиненнаго отличать дѣяніе явно преступное отъ дѣянія, не имѣющаго въ себѣ этого признака".

Главный Военный Прокуроръ, въ качествѣ члена комиссіи, представилъ по данному вопросу особое мнѣніе, въ которомъ изложилъ между прочимъ слѣдующее. „Законъ наказываетъ за учиненіе по приказанію начальника не всякаго дѣянія, воспрещеннаго подъ страхомъ наказанія, а лишь такого, въ совершеніи котораго подчиненный, по своему субъективному развитію, не могъ не видѣть явнаго преступленія. Дѣяніе же явно преступное никогда и не при какихъ обстоятельствахъ не можетъ быть дѣяніемъ непреступнымъ" (полагаемъ, что это положеніе сохраняетъ свою силу и въ отношеніи дѣяній „просто" *преступныхъ*). Опасеніе комиссіи, что ограниченіе обязательности приказа въ случаѣ требованія „совершить дѣяніе явно преступное" можетъ вызвать подчиненнаго не только на обсужденіе законности приказа, но и на открытое неповиновеніе,—это опасеніе Главный Военный Прокуроръ призналъ напраснымъ, такъ какъ „....законъ разрѣшаетъ неисполненіе только явно преступныхъ приказаній, т. е. именно такихъ, которыя, по самому существу своему, не подлежатъ предварительному обсужденію, такъ какъ то, что явно, вовсе не требуетъ размышленія—явно ли оно или нѣтъ".

Остановливаясь, временно, на этихъ соображеніяхъ, замѣтимъ, что Главный Военный Прокуроръ разумѣлъ подъ выраженіемъ „дѣяніе явно преступное" всякое дѣяніе, *независимо отъ его квалификаціи*, лишь бы оно было преступно и это свойство его было бы явно. Такимъ образомъ—*тяжесть наказанія* явнаго преступленія не имѣетъ, по смыслу приведеннаго мнѣнія, никакого значенія.

Въ послѣднемъ изъ только что цитированныхъ положеній Главнаго Военнаго Прокурора заключается, полагаемъ, нѣкоторое недоразуменіе. То, что явно, конечно не требуетъ размышленія—явно ли оно или нѣтъ.

Вопросъ совершенно не въ этомъ, а въ томъ: какія дѣянія „явно преступны"? То что явно преступно, то явно преступно; зло есть зло. но что такое зло? Преступность есть свойство, не лежащее, однако, въ существѣ самаго дѣянія, а лишь сообщаемое ему уголовнымъ закономъ. Слѣдовательно, до рѣшенія вопроса о „явной преступности" необходимо сдѣлать общую оцѣнку дѣянія—преступно ли оно, такъ какъ понятіе о степени качества не можетъ возникнуть ранѣе представленія о самомъ качествѣ. Если я говорю „ярко" красный цвѣтъ, то тѣмъ самымъ доказываю, что первоначально въ моемъ сознаніи возникло представленіе о красномъ цвѣтѣ, а затѣмъ о его сравнительной (не въ грамматическомъ смыслѣ) степени. Квалификація же дѣянія, въ его юридическомъ значеніи, требуетъ неизбѣжно разсужденія. Представленіе о „явности" можетъ возникнуть крайне быстро за сознаніемъ о преступности, но можетъ и совсѣмъ не возникнуть у даннаго лица. Явно ли преступно обвѣшивать покупателя на 2—3 золотника на фунтѣ? По мнѣнію многихъ торговцевъ совершенно непреступно, а по мнѣнію большинства покупателей это—явное мошенничество. Кто рѣшитъ вопросъ о „явной" преступности, если образованный и умственно развитой подчиненный заявитъ, что онъ не исполнилъ приказанія начальника потому, что преступность приказанія была для него явной, хотя съ точки зрѣнія другого, она была „скрытой". Физическое впечатлѣніе есть лишь раздраженіе нервовъ, передающееся чувствительнымъ центрамъ. Слѣдовательно, безъ участія сознанія—фактъ перерѣзанія, напримѣръ, горла животному или человѣку дастъ въ организмѣ наблюдателя почти тождественный отпечатокъ; различіе будетъ касаться лишь формы и окраски объекта насилія. Если же сознаніе произведетъ анализъ впечатлѣній, то можетъ придти къ заключенію не только о преступности убійства человѣка, но и о „явной" преступности лишенія жизни животнаго, если послѣдній умерщвляется не хозяиномъ и помимо воли собственника.

Въ понятіи о „явной" и „не явной" преступности элементомъ разграничивающимъ можно признать только время: въ первомъ случаѣ сознаніе преступности

возникнетъ ранѣе, почти мгновенно, во второмъ—позднѣе. Если стремиться придать этимъ понятіямъ точность, хотя бы относительную, то, во имя послѣдовательности, необходимо установить промежутокъ времени отъ момента воспринятія впечатлѣнія до момента опредѣленія его праваго значенія сознаніемъ. Можетъ быть черезъ нѣсколько вѣковъ человѣчество найдетъ способъ рѣшенія этой проблемы, но въ современнную намъ эпоху подобные неуловимые признаки не могутъ, не должны находить себѣ мѣста въ законѣ.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи своего мнѣнія Главный Военный Прокуроръ привелъ слѣдующіе, безусловно справедливые, доводы въ пользу высказаннаго имъ основного положенія о невозможности ограничить обязательность приказа начальника только случаями совершенія государственныхъ преступленій. „Если присяга обязываетъ подчиненнаго безпрекословно исполнять приказанія начальника лишь до тѣхъ поръ, пока приказанія эти будутъ клониться къ пользѣ и службѣ Государства, то какимъ же образомъ на ряду съ этимъ возможны постановленія, обязывающія подчиненнаго подъ страхомъ наказанія исполнять приказанія завѣдомо для начальника и подчиненнаго преступныя. Если присяга обязываетъ всякаго поступать по своей совѣсти, то невозможно подчинить эту совѣсть безконтрольному распоряженію другихъ лицъ, иначе клятва служить вѣрно Государю Императору, по совѣсти, сведется на формальность“.

Комиссія, согласившись съ изложенными соображеніями, рѣшила сохранить редакцію устава 1869 г., дополнивъ статью 3 Уст. Дисц. [1]) лишь ссылкой на 69 ст. XXII кн. Повторить же въ уставѣ дистиплинарномъ заключительныя слова 69 ст. XXII кн. комиссія нашла неудобнымъ, „такъ какъ прямо выраженная въ немъ (т. е. уст. дисц.) необязательность иногда для подчиненнаго исполнять приказанія начальника, а равно дѣлаемый въ этомъ текстѣ, такъ сказать, намекъ на самую возможность приказанія со стороны начальника нарушить присягу и вѣрность службы или совершить дѣяніе явно

---

¹) По изданію 1888 г.—ст. 2.

преступное—вообще не соотвѣтствуетъ характеру Дисциплинарнаго устава, и это должно быть выражено въ послѣднемъ нѣсколько мягче" [1]).

Не касаясь вопроса о правильности такого мнѣнія съ военно-педагогической точки зрѣнія, полагаемъ, что онъ противорѣчилъ смыслу 62 ст. Основныхъ законовъ Россійской Имперіи, обязывающей всѣхъ подданныхъ знать законы, и 408 ст. ч. III кн. I С. В. П. 1859 г. по 6 продолженію, которая требуетъ чтенія нижнимъ чинамъ военно-уголовныхъ законовъ. Если подчиненный можетъ отвѣчать за исполненіе приказа начальника, то законъ долженъ гарантировать подчиненному возможность знать, когда эта отвѣтственность возникаетъ.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что со временъ Императора Петра I и до нашихъ дней законодатель всегда, съ большей или меньшей опредѣленностью, признавалъ приказъ начальника лишь условно обязательнымъ и ограничивалъ эту обязательность, во-первыхъ, служебнымъ характеромъ начальническаго требованія и, во-вторыхъ, законностью его содержанія. Нельзя, однако, обойти молчаніемъ временное уклоненіе законодательства отъ этого единственно правильнаго пути, уклоненія, но находящаго себѣ никакихъ объясненій въ исторіи военнаго права и традиціяхъ русской арміи. Мы имѣемъ здѣсь въ виду 495 и 496 ст. ч. II, кн. I, С. В. П. 1859 года, которыя были формально отмѣнены только въ 1892 году съ изданіемъ VII кн. С. В. П. 1869 года. Содержаніе этихъ статей было слѣдующее: ст. 495 „каждый обязанъ принимать и исполнять приказанія *высшаго въ чинѣ*, касающіяся пользы службы, хотя бы отдающій приказаніе былъ другого полка или команды"; ст. 496—„каждое лицо, состоящее на службѣ, обязано принимать отъ предпоставленнаго надъ нимъ старшаго лица приказанія и исполнять ихъ съ точностью; буде же данное отъ начальника повелѣніе кто сочтетъ *незаконнымъ, или противнымъ интересу Его Императорскаго Величества, или вреднымъ службѣ,* тогда таковой имѣетъ право съ кротостью и пристойностью своему ко-

---

[1]) Журналъ № 3, 10 февраля, въ томъ-же дѣлѣ и томѣ.

мандиру о семъ донести или, когда имѣетъ время, донести командующему надп нимъ генералу; когда же сіе донесеніе не будетъ уважано, *то долженъ исполнить данное приказаніе безпрекословно*". Не трудно замѣтить, что содержаніе этихъ статей есть не болѣе какъ *совершенно искаженное по смыслу* заимствованіе изъ 30 и 31 артикуловъ Петра I. Никогда ни одно изъ законодательствъ не доходило до признанія обязательности приказа противнаго даже интересу Его Императорскаго Величества. Артикулы Петра I говорили только о приказаніяхъ *вредныхъ по мнѣнію подчиненнаго*, когда подтвержденіе начальникомъ своего требованія обязывало подчиненнаго повиноваться. Не только приказанія противозаконныя, но даже не относящіяся къ службѣ, не были обязательны для подчиненнаго и постановленіе это, какъ мы видѣли, существовало въ 321 ст. военно-уголовнаго устава 1839 года и, слѣдовательно, отмѣняя собою постановленіе приведенныхъ статей, отмѣнялось въ свою очередь ими. Дать сколько нибудь удовлетворительное объясненіе подобной редакціи закона, полагаемъ, совершенно невозможно. Она является, по нашему мнѣнію, результатомъ грубой ошибки, недосмотра, такъ какъ С. В. П. 1859 г. былъ только сводомъ, а не кодексомъ, въ которомъ могли бы найти себѣ мѣсто постановленія новыя [1]).

Заслуживаетъ также вниманія полное смѣшеніе понятій „старшій" и „начальникъ", которыя употребляются въ приведенныхъ статьяхъ безъ всякаго различія.

Несмотря на изданіе въ 1869 г. Воинскаго устава о наказаніяхъ и Дисциплинарнаго устава, которые обусловливали обязательность приказа его законностью, постановленія 495 и 495 ст. ч. II кн. I сохранили свою силу до 1892 г. Лишь въ 1891 году Кодификаціонный Отдѣлъ при Военномъ Совѣтѣ возбудилъ вопросъ о согласованіи этихъ статей съ дѣйствующимъ законодательствомъ [2]). Это согласованіе было произведено въ

---

[1]) См. Манифестъ 25 іюня 1839 г. П. С. З. № 12468 и Указъ Сенату 28 декабря 1860 г., П. С. З. № 36464.

[2]) Отношеніе отъ 23 августа 1891 г. № 142 (дѣло Гл. В. Судн. Управ. 1891—1892 г. № 40) и отзывъ Главнаго Военно-Судного Управленія отъ 12 сентября за № 2235 въ томъ-же дѣлѣ.

порядкѣ кодификаціонномъ, путемъ изданія VII кн., въ которую содержаніе 495 ст. не вошло, а въ статью 19, соотвѣтствующую указанной выше ст. 496, была включена послѣдняя часть ст. 69 XXII кн. Такимъ образомъ, съ формальной точки зрѣнія, можно считать, что лишь съ 1892 года принципъ условной обязательности приказа установленъ въ нашемъ законодательствѣ непоколебимо, а вмѣстѣ съ тѣмъ подтверждено (косвенно, путемъ отмѣны 495 ст.) то правило, что старшинство въ чинѣ не сообщаетъ лицу не только начальническихъ правъ, но даже и права приказывать [1]).

Военное законодательство другихъ европейскихъ государствъ не послѣдовало примѣру Россіи, Австріи и Германіи и, въ силу трудно объяснимыхъ причинъ, до настоящаго времени или оставляетъ вопросъ о вмѣненіи подчиненному въ вину приказаннаго дѣянія безъ разрѣшенія, или избираетъ, по крайней мѣрѣ по буквѣ закона, принципъ обратный указанному выше, т. е. безусловной безотвѣтственности повиновавшагося подчиненнаго. Впрочемъ, этотъ послѣдній путь избрала только Швейцарія, военный кодексъ которой въ 30 артиклѣ объявляетъ преступныя дѣянія подчиненнаго, совершенныя имъ вслѣдствіе формальнаго, служебнаго приказа начальника, не подлежащими вмѣненію первому въ вину [2]). Военные же кодексы бельгійскій, французскій и италіанскій не содержатъ по этому вопросу никакихъ опредѣленныхъ постановленій. Однако, путемъ разсмотрѣнія нѣкоторыхъ положеній первыхъ двухъ кодексовъ можно придти къ заключенію, что они примыкаютъ къ системѣ швейцарскаго военнаго кодекса, ограничивая, однако, начальническій произволъ нѣкоторыми условіями и не обязывая подчиненныхъ повиновеніемъ *во всѣхъ* случаяхъ.

---

[1]) Сравн. Отзывъ Гл. Воен. Судн. Упр. 5 декабря 1891 г. № 5654 (въ томъ-же дѣлѣ), гдѣ указано, что ст. 495 должна считаться отмѣненной съ изданіемъ Дисциплин. Устава 1888 г. (именно статьями 50—52 и 54), въ виду 72 ст. Основныхъ законовъ.

[2]) Это начало сохранило свою силу и въ проектѣ швейцарскаго военно-уголовнаго кодекса, хотя получило нѣсколько иную конструкцію. Пунктъ 4, § 18 Message du Conseil Fédéral concernant le code pénal militaire 1885 г. 30 мая объявляетъ ненаказуемымъ преступное дѣяніе, совершенное по поводу службы (à l'occasion du service) вслѣдствіе формальнаго приказа военнаго начальника. Признакъ служебности присвоенъ проектомъ не приказу, а дѣянію.

Въ отношеніи французскаго законодательства рѣшеніе этого вопроса затруднительнѣе, въ виду неполноты постановленій военно-уголовнаго кодекса и невполнѣ удовлетворительной редакціи нѣкоторыхъ статей какъ военнаго, такъ и общаго кодекса, опредѣляющихъ взаимное отношеніе этихъ послѣднихъ. Такъ въ art. 5 Code pénal мы читаемъ, что постановленія его непримѣнимы къ нарушеніямъ, проступкамъ и преступленіямъ воинскимъ,—но понятіе воинскаго преступленія въ законѣ совершенно не опредѣлено. Содержаніе этого понятія можетъ быть установлено, какъ справедливо указываетъ Blanche, только формальнымъ путемъ: всѣ правонарушенія, занесенныя въ Code de justice militaire, должны быть признаны воинскими [1]). При такомъ истолкованіи, постановленія Code pénal должны найти примѣненіе къ дѣяніямъ военнослужащихъ, нарушающихъ общій уголовный законъ. Правильность такого рѣшенія вопроса отчасти подтверждается содержаніемъ 267 art. Code de justice militaire и приложенной къ нему Instruction relative à l'execution du Code de justice militaire 28 іюля 1857 г. (въ изданіи 1896 года см. стр. 103—116). Отсюда можно уже сдѣлать выводъ, что въ отношеніи преступленій *общихъ* (по крайней мѣрѣ, касающихся посягательствъ на жизнь и здоровье) имѣетъ полную силу art. 327 Code pénal, который объявляетъ непреступнымъ убійство, причиненіе ранъ и нанесеніе ударовъ, когда эти дѣйствія были предписаны закономъ и приказаны законной властью. Другими словами, въ этихъ случаяхъ приказъ власти, въ военномъ быту — начальника, признается причиной, устраняющей противозаконность дѣянія, только тогда, когда онъ опирается на законъ. Article 327 употребляетъ союзъ „и", не допуская, очевидно, условія альтернативнаго [2]).

Съ другой стороны необходимо замѣтить, что Code pénal въ двухъ случаяхъ сообщаетъ приказу начальника

---

[1]) Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal, t. I, p. 71—72, § 42—44. Тождественное мнѣніе высказываетъ Haus въ отношеніи бельгійскаго законодательства, Principes t. I, p. 92, § 140.

[2]) Dalloz, Répertoire, t. XIV, p. 628, § 217, Garraud, Traité, t. I, p. 597—598, § 310.

О примѣнимости art. 327 къ дѣяніямъ военнослужащихъ говоритъ Wilchelm, Commentaire theorique, p. 81, § 1207.

значеніе причины невмѣненія въ вину, совершенно внѣ зависимости отъ предписаній закона. Въ первомъ случаѣ art. 114 имѣетъ въ виду посягательства на индивидуальную свободу и публичныя права (droit civique) гражданъ, а во второмъ—art. 188—190 предусматриваютъ противодѣйствіе распоряженіямъ органовъ власти, при чемъ въ обоихъ случаяхъ должностное лицо, совершившее эти нарушенія, освобождается отъ наказанія, если докажетъ, что оно дѣйствовало по приказанію начальника и въ предѣлахъ вѣдомства этого послѣдняго. Подлежитъ, однако, большому сомнѣнію примѣнимость этихъ постановленій къ военнослужащимъ. Безотвѣтственность подчиненныхъ обусловлена вѣдомствомъ лица приказывающаго; если приказъ начальника относится къ предметамъ ему неподвѣдомственнымъ, то подчиненный не можетъ ссылаться на обязанность повиновенія. Между тѣмъ, едва ли можно представить себѣ такое положеніе вещей, при которомъ посягательство на свободу и права гражданъ относилось бы къ вѣдомству военнаго начальника, такъ какъ участіе войскъ въ борьбѣ съ народными безпорядками предусмотрѣно спеціальнымъ закономъ, опредѣляющимъ только порядокъ *содѣйствія* органамъ гражданской власти.

Въ равной мѣрѣ мало вѣроятно, чтобы противодѣйствіе властямъ могло бы входить по своимъ внѣшнимъ признакамъ въ кругъ вѣдомства военнаго начальника. Во всякомъ случаѣ, однако, принятіе принципа безотвѣтственности подчиненнаго въ гражданскомъ быту, при указанныхъ въ законѣ условіяхъ, создаетъ необходимость распространить это начало и на военнослужащихъ, обязанность которыхъ къ повиновенію не можетъ быть меньшей [1]).

---

[1]) Въ виду возможности возраженія, что art. 327 говоритъ о распоряженіи власти, а не о приказѣ начальника, замѣтимъ, что art. 114 и 190 не предусматриваютъ убійства и причиненія тѣлесныхъ поврежденій, а слѣдовательно, если признать указанное возраженіе основательнымъ, то придется допустить, что подчиненный, совершившій насильственныя дѣйствія вслѣдствіе законнаго приказа начальника, не можетъ найти себѣ оправданія въ постановленіи art. 327, находящемся не въ общей, а въ особенной части кодекса. См. по аналогичному вопросу относительно cas d'excuses мнѣніе Chaveau et Hélie, Théorie du code pénal, t. III, p. 164—165. Garraud полагаетъ, что art. 114 и 190 предусматриваютъ лишь проступки служебные—Traite, t. I, p. 599—600, § 312.

Что же касается исполненія приказаній, предписывающихъ преступленіе или проступокъ *ваинскій*, то въ этомъ отношеніи мы можемъ почерпнуть указанія изъ устава о внутренней службѣ, который, опредѣляя порядокъ представленія вновь прибывшему начальнику его подчиненныхъ, возлагаетъ на лицо представляющее обязанность произнесенія слѣдующей фразы: „отъ имени президента республики, приглашаю васъ офицеры, унтеръ-офицеры, ...признать въ такомъ-то начальника, которому вы будете повиноваться во всемъ, что онъ вамъ прикажетъ *для пользы службы и во исполненіе военныхъ законовъ* [1]). Слѣдовательно, мы въ правѣ заключить, что законъ не обязываетъ подчиненныхъ повиноваться приказанію преступному и, освобождая отъ этой обязанности подчиненнаго, не можетъ объявить его безотвѣтственнымъ за преступленіе, содѣянное во исполненіе приказа, нарушающаго военный законъ.

Бельгійскій уголовный кодексъ, совпадавшій до 1867 года по своему содержанію съ кодексомъ французскимъ, разошелся затѣмъ съ этимъ послѣднимъ по расположенію и редакціи статей. Постановленіе art. 327 французскаго перенесено въ бельгійскомъ кодексѣ въ измѣненной редакціи въ общую часть (art. 70), а art. 114 и 190 французскаго кодекса получили въ бельгійскомъ болѣе обобщенное содержаніе (art. 152 и 260), въ виду чего, соображенія изложенныя выше, по поводу 327 art. французскаго кодекса, не могутъ найти полнаго примѣненія въ отношеніи бельгійской арміи. Art. 152 и 260 бельгійскаго кодекса предусматриваютъ совершеніе подчиненнымъ по приказу начальника вообще противозаконныхъ дѣяній, не опредѣляя ихъ по содержанію, и освобождаютъ повиновавшагося подчиненнаго отъ всякой отвѣтственности, если приказъ относился къ предметамъ вѣдомства начальника. Неполнота же Code de justice militaire по вопросу о соотношеніи общаго и военнаго уголовныхъ кодексовъ восполняется здѣсь art. 58 Code pénal militaire, который предписываетъ примѣнять къ военнослужащимъ всѣ постановленія общаго уголовнаго закона, не отмѣняемыя закономъ военнымъ. Изъ доклада

---

[1]) Décret portant réglement sur le service intérieur, § 227.

же министра Вага и другихъ лицъ, принимавшихъ участіе въ дебатахъ при разсмотрѣніи проекта военнаго кодекса въ парламентѣ, видно, что всѣ безъ исключенія правила общаго кодекса, а въ томъ числѣ art. 70, должны имѣть полное примѣненіе къ дѣяніямъ военнослужащихъ, если военный кодексъ не устанавливаетъ изъятій [1]). Эти соображенія находятъ себѣ подтвержденіе кромѣ того въ не отмѣненномъ art. 13 Code pénal pour l'armée de terre 1814 года. Отсюда можно заключить, что art 152 и 260 бельгійскаго уголовнаго кодекса должны найти полное примѣненіе и въ арміи, создавая, такимъ образомъ, безотвѣтственность подчиненныхъ за всѣ преступныя дѣянія, учиненныя при указанныхъ въ законѣ условіяхъ по приказу начальника. Останется, однако, открытымъ вопросъ, какъ примирить противорѣчіе между art. 152 и 260 и art. 70, не возникающее въ гражданскомъ быту, гдѣ причиной невмѣненія (на основаніи art. 70) всегда будетъ *законное* распоряженіе *власти*, а не *приказъ начальника*.

Въ отношеніи же преступленій воинскихъ должны имѣть силу соображенія, изложенныя по поводу французскаго устава внутренней службы, такъ какъ бельгійскій Réglement sur le service interieur содержитъ въ § 213 постановленіе тождественное § 227 французскаго устава.

Италіанскій Codice penale per l'esercito повторяетъ въ пунктѣ I art. 134 содержаніе art. 327 Code pénal, но съ измѣненіемъ, хотя мало замѣтнымъ, однако, крайне существеннымъ. Говоря о предписаніи закона и приказаніи власти, какъ условіяхъ невмѣненія въ вину убійства и тѣлесныхъ поврежденій, art. 134 употребляетъ не союзъ „и", а союзъ „или". Такимъ образомъ, при буквальномъ толкованіи закона, слѣдуетъ заключить, что законность приказа не составляетъ непремѣннаго условія его обязательности и, слѣдовательно, приказъ, какъ таковой, устраняетъ вмѣненіе въ вину содѣяннаго повиновавшимся подчиненнымъ. Если особенность редакціи art. 134 не есть результатъ недосмотра, то не-

---

[1]) Nypels, Code pénal militaire, p. 47—48; Haus, Principes, I, p. 92, § 140.

обходимо признать, что италіанскій кодексъ придаетъ приказу начальника абсолютную обязательность, не требуя даже соблюденія тѣхъ немногихъ формальныхъ условій, которыя устанавливаетъ кодексъ швейцарскій.

Такъ рѣшается въ различныхъ законодательствахъ принципіальный вопросъ о вмѣненіи подчиненному въ вину приказаннаго и исполненнаго преступнаго дѣянія. Изъ числа законодательствъ, допускающихъ только условную обязательность приказа и, слѣдовательно, условное невмѣненіе въ вину повиновенія, лишь австрійскій кодексъ отвергаетъ безъ колебаній принципъ безотвѣтственности подчиненнаго. Законодательство наше и германское, устанавливая формально противоположный принципъ, ограничиваютъ его различными условіями и какъ бы признаютъ приказъ причиной невмѣненія въ вину содѣяннаго подчиненнымъ преступнаго дѣянія. Изъ дальнѣйшаго изложенія, въ связи съ соображеніями уже приведенными выше, мы убѣдимся, однако, что противоположность принциповъ австрійскаго законодательства, принципамъ русскаго и германскаго—лишь кажущаяся, хотя неудовлетворительность редакціи соотвѣтствующихъ статей закона даетъ основаніе инымъ истолкованіямъ.

Статья 2 Дисциплинарнаго Устава и 69 ст. XXII кн. С. В. П. [1]) объявляютъ, по общему правилу, отвѣтственнымъ за отданное приказаніе и за его послѣдствія только начальника, признавая, такимъ образомъ, приказъ причиной невмѣненія. Изъ этого правила исключаются три группы случаевъ: 1) превышенія подчиненнымъ приказа начальника, 2) нарушенія присяги и вѣрности службы и 3) совершенія дѣянія явно преступнаго.

По вопросу о превышеніи подчиненнымъ приказа начальника нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Solms, который, по поводу I пункта § 47 германскаго военно-уголовнаго кодекса, говоритъ, что упоминаніе въ законѣ объ отвѣтственности въ такихъ случаяхъ подчиненнаго—совершенно излишне [1]). Если начальникъ при-

[1]) Тождественныя постановленія содержатъ 3 ст. Воен. Морск. Дисц. Уст. (кн. XVII изд. 1895 г.) и 68 ст. Воен. Морск. Уст. о наказ. (Кн. XVI изд. 1886 г.)

[1]) Strafrecht und Strafprozess (изд. 1883 г.) стр. 52, п. 5. Того-же мнѣнія—Hecker, Lehrbuch, s. 90.

кажетъ подчиненному задержать проходящаго человѣка, а тотъ его ранитъ для достиженія указанной начальникомъ цѣли, то о невмѣненіи этого насильственнаго дѣйствія въ вину подчиненному не можетъ быть рѣчи, совершенно независимо отъ особой оговорки закона и даже при господствѣ принципа безусловной обязательности приказа, такъ какъ совершенное подчиненнымъ дѣяніе не было ему приказано.

Если, однако, законъ ставитъ условіемъ безотвѣтственности подчиненнаго точное выполненіе приказа, то можетъ возникнуть вопросъ: что должно быть вмѣнено подчиненному въ вину—дѣяніе ли въ полномъ объемѣ, или только то, что подчиненный совершилъ сверхъ приказаннаго начальникомъ? Послѣдній приказалъ похитить 250 рублей, а подчиненный укралъ 350 рублей; долженъ ли онъ отвѣчать за кражу свыше 300 рублей или только за похищеніе 100 рублей? Начальникъ велѣлъ похитить тайно, а подчиненный похитилъ явно и съ насиліемъ: можно ли квалифицировать дѣяніе подчиненнаго какъ грабежъ, или слѣдуетъ вмѣнить ему въ вину только насиліе и т. д. [1]).

Какъ увидимъ, впрочемъ, изъ дальнѣйшаго изложенія, вопросъ о превышеніи подчиненнымъ полученнаго приказанія не имѣетъ въ отношеніи нашей арміи практическаго значенія, такъ какъ за совершеніе дѣяній *преступныхъ*, по нашему законодательству, подчиненный въ дѣйствительности всегда отвѣчаетъ передъ уголовнымъ закономъ.

Вторая группа необязательныхъ приказаніи, не могущихъ служить причиной невмѣненія въ вину, касается нарушеній присяги и вѣрности службы. Содержаніе этой формулы было выяснено выше и по существу своему не возбуждаетъ сомнѣній, если принять истолкованіе Главнаго Военнаго Прокурора. Можно сдѣлать по поводу употребленнаго закономъ выраженія одно замѣчаніе. *Если признать необходимымъ* сохраненіе въ законѣ особой оговорки о нарушеніи присяги и вѣрности службы и придавать, вмѣстѣ съ тѣмъ, тѣсное значеніе этимъ

[1]) Само собой разумѣется, что примѣры эти предполагаютъ обязательность для подчиненнаго преступнаго приказа; при отсутствіи этого условія, безразлично — было ли приказаніе выполнено точно или нѣтъ.

понятіямъ, относя къ нимъ лишь преступленія *государственныя*, то слѣдовало бы болѣе точно опредѣлить дѣянія, которыя имѣются въ данномъ случаѣ въ виду, такъ какъ, при существующей терминологіи уложенія и воинскаго устава о наказаніяхъ, нѣкоторыя преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя въ гл. I. разд. III, кн. XXII С. В. II., и имѣющія характеръ измѣны, а слѣдовательно, однородныя по существу своему съ преступленіями государственными, не будутъ охвачены указанной формулой закона.

Юридическое значеніе третьей группы исключеній изъ правила о единоличной отвѣтственности приказавшаго начальника не поддается, какъ мы видѣли, теоретическому истолкованію и опредѣленію. Между тѣмъ, всякій законъ предполагаетъ, во-первыхъ, возможность усвоить его положенія, и во-вторыхъ, возможность примѣнить ихъ на практикѣ ко всѣмъ случаямъ, не прибѣгая къ произвольнымъ толкованіямъ, разрушающимъ въ сознаніи подданныхъ убѣжденіе въ равенствѣ ихъ передъ закономъ. Если мы обратимся по данному вопросу къ практикѣ нашихъ военныхъ судовъ, опредѣляемой указаніями и рѣшеніями Главнаго Военнаго Суда, то убѣдимся, что содержаніе понятія „дѣяніе явно преступное“ остается до настоящаго времени совершенно не выясненнымъ, а принципъ безотвѣтственности повиновавшагося подчиненнаго—не находящимъ себѣ примѣненія въ дѣйствительной жизни.

Практика Главнаго Военнаго Суда по толкованію 69 ст. XXII кн. довольно обширна и мы находимъ въ ней слѣдующія указанія. Нанесеніе учителями молодыхъ солдатъ побоевъ этимъ послѣднимъ по приказанію старшаго надъ учителями унтеръ-офицера, по мнѣнію Главнаго Военнаго Суда, составляетъ дѣяніе явно преступное, подлежащее вмѣненію въ вину подчиненнымъ (рѣш. 89 г. № 95); тѣ же дѣйствія, совершенныя также по приказанію, но молодыми солдатами, не противозаконны и невмѣнимы въ вину (рѣш. 89 г. № 99), потому что въ первомъ случаѣ подчиненные „не могли не видѣть“, а во второмъ „не могли видѣть“, что имъ предписывается совершить дѣяніе явно преступное, хотя приказавшій начальникъ совершилъ въ обоихъ случаяхъ преступле-

нія не только однородныя, но тождественныя [1]). Если же повиновавшійся подчиненный „не видѣлъ“ преступности въ приказанномъ дѣяніи (т. е. не сознавалъ противозаконности, которая слѣдовательно, была для него совершенно „не явна“), но *долженъ* былъ „явно“ ее видѣть, то приказъ начальника не освобождаетъ его отъ отвѣтственности за содѣянное (рѣш. 93 г. № 62 и 900 г. № 57). Часовой, оставившій ружье съ разрѣшенія разводящаго для перемѣны одежды, подлежитъ отвѣтственности, такъ какъ ему *не могло быть неизвѣстно* правило § 150 Уст. гарниз. службы, воспрещающее выпускать ружье изъ рукъ (рѣш. 91 г. № 28); но часовые, смѣнявшіеся по приказанію разводящаго при одномъ и томъ же ружьѣ (т. е. слѣдовательно, отдававшіе ружье) или безъ разводящаго, но по его приказанію, не подлежатъ отвѣтственности, такъ какъ приказаніе разводящаго для нихъ обязательно (рѣш. 87 г. № 35, 90 г. № 78 и 95 г. № 18). Конвойный, принесшій арестантамъ водку по приказанію старшаго въ конвоѣ, и водившій арестанта за водкой по приказанію того же начальника, подлежитъ отвѣтственности, такъ какъ, исполняя приказаніе, не могъ не усмотрѣть въ немъ требованія нарушить прямыя обязанности конвойной службы (рѣш. 80 г. № 77); но часовые, не осматривавшіе при смѣнѣ по приказанію разводящаго печати и замка у цейхгауза,

---

[1]) Въ послѣднемъ изъ приведенныхъ рѣшеній (89 № 99) основаніемъ для невмѣненія дѣянія въ вину подчиненному послужило то соображеніе, что этотъ подчиненный въ отданномъ ему приказаніи „не могъ видѣть, *при условіи обыденнаго обращенія между солдатами*, дѣянія противозаконнаго, а тѣмъ болѣе—въ чемъ либо нарушающаго присягу и вѣрность службы“. Это рѣшеніе указываетъ какъ бы на то обстоятельство, что исключительное положеніе молодыхъ солдатъ и условія ихъ обыденной жизни могли лишить подчиненныхъ *возможности* (объективная оцѣнка явленій) распознать преступный элементъ въ приказѣ начальника. Между тѣмъ Главный Военный Судъ сослался на это рѣшеніе при разсмотрѣніи другого дѣла о подсудимыхъ офицерахъ, которые, по признанію военно-окружного и Главнаго Военнаго Суда, хотя и совершили по приказанію начальника дѣяніе запрещенное, но не подлежатъ за него отвѣтственности, такъ какъ *не видѣли* въ полученномъ приказаніи ничего противозаконнаго (ненапечатанное рѣш. 1900 г. Марта 2, объ Есаулѣ М. и Подъесаулѣ Г., дѣло архива Гл. Воен. Судн. Упр. II отд. 2 ст. № 205, начато въ 1899 г.) Иными словами, требуя во всѣхъ случаяхъ для невмѣненія въ вину подчиненному содѣяннаго имъ—отсутствія *возможности* видѣть противозаконность приказанія (т. е. выдвигая условіе объективное), въ этомъ рѣшеніи Главный Военный Судъ оцѣнивалъ виновность подсудимыхъ съ субъективной точки зрѣнія. Какъ мы сейчасъ убѣдимся, эта система не нашла себѣ, однако, приложенія въ другихъ случаяхъ.

освобождены отъ наказанія, въ виду обязательности для нихъ приказа разводящаго (рѣш. 99 г. № 77) (хотя, замѣтимъ отъ себя, осмотръ печати и замковъ составляетъ *обязанность*, возлагаемую на часового § 109 уст. гарниз. службы). Исполненіе приказанія непосредственнаго начальника, отданнаго вопреки приказа высшаго начальника (о неувольненіи въ пути рекрутъ), не влечетъ за собою отвѣтственности, такъ какъ приказанное дѣянія (увольненіе рекрутъ) не заключаетъ въ себѣ признаковъ явной преступности (рѣш. 73 г. № 102), а въ другомъ случаѣ, когда приказаніе непосредственнаго начальника, Начальника бригады, было отдано вопреки распоряженію Военнаго Министра, подчиненный, если бы исполнилъ требованіе непосредственнаго начальника, подлежалъ бы отвѣтственности за превышеніе власти (ненапечатанное рѣшеніе 1890 г. мая 29 по дѣлу о Полковникѣ С., архивъ Гл. Воен. Судн. Упр. 1890 г., 2 отд. 3 ст. № 64). Это послѣднее дѣло доказываетъ, между прочимъ, совершенную неуловимость понятія „явной“ преступности. Полковникъ С. обвинялся въ томъ, что не исполнилъ приказанія Начальника бригады о назначеніи на должность казначея такого офицера, который, въ виду сдѣланныхъ Военнымъ Министромъ распоряженій, не могъ быть на эту должность назначенъ. Судъ, разсматривавшій дѣло по существу, нашелъ, что Полковникъ С. обязанъ былъ исполнить приказаніе Начальника бригады, такъ какъ оно, хотя и было неправильно, однако не заключало въ себѣ ничего явно преступнаго. Главный Военный Судъ высказалъ совершенно иное мнѣніе и разъяснилъ, что подъ выраженіемъ „явно преступное“ слѣдуетъ разумѣть дѣяніе, при совершеніи котораго обвиняемый *вполнѣ безошибочно сознавалъ* или же *не могъ, по своему развитію, не сознавать* [1]), что онъ нарушаетъ уголовный законъ. А потому полковникъ С., сознававшій, что приказаніе непосредственнаго начальника не согласно съ распоряженіемъ высшаго начальника, совершилъ бы дѣяніе явно преступное, если бы исполнилъ требованіе перваго, и подлежалъ бы отвѣт-

---

[1]) Здѣсь отождествляются понятія совершенно не тождественныя.

ственности какъ участникъ противозаконнаго превышенія власти.

Такимъ образомъ, мы видимъ въ данномъ случаѣ, что „явная“ преступность бываетъ иногда настолько скрытой, что коллегіальное судебное учрежденіе не усматриваетъ этого признака. Возможно ли при этомъ условіи возлагать рѣшеніе вопроса о юридическомъ значеніи приказа на подчиненныхъ, совершенно, въ большинствѣ случаевъ, не посвященныхъ въ тонкости истолкованія закона и пребывающихъ постоянно въ неизвѣстности—за что придется отвѣчать: за повиновеніе или за неповиновеніе?

Если же мы разсмотримъ нѣкоторыя рѣшенія, въ которыхъ Главный Военный Судъ призналъ дѣянія, совершенныя во исполненіе приказанія начальника, не подлежащими вмѣненію подчиненному въ вину, то убѣдимся, что причиной невмѣненія въ этихъ случаяхъ былъ въ дѣйствительности не приказъ, а иныя обстоятельства. Такъ, отлучка изъ караула или конвоя одного изъ его чиновъ съ разрѣшенія караульнаго начальника или старшаго конвойнаго (рѣш. 93 г. № 41 и 97 г. № 11) не можетъ быть вмѣнена въ вину отлучившимся, за отсутствіемъ въ дѣяніи ихъ состава преступленія. Ст. 155 XXII кн. С. В. П. говоритъ только о „самовольной“ отлучкѣ, а § 134 уст. гарниз. службы воспрещаетъ караульнымъ чинамъ отлучаться безъ разрѣшенія караульнаго начальника. Слѣдовательно, при наличности такого разрѣшенія нѣтъ дѣянія воспрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія. Если воинскій чинъ уволенъ своимъ начальникомъ съ установленнымъ билетомъ въ отпускъ, то не можемъ же мы говорить, что этотъ военнослужащій находится въ отлучкѣ, не подлежащей вмѣненію ему въ вину. Это отсутствіе правомѣрно, о невмѣненіи же въ вину можетъ быть рѣчь только тогда, когда дѣяніе запрещено по своему содержанію закономъ. Неисполненіе нижнимъ чиномъ, начальникомъ караула при тюрьмѣ, приказанія офицера, смотрителя тюрьмы, — идти подъ арестъ (рѣш. 77 г. № 99) не можетъ быть вмѣнено въ вину нижнему чину, но не въ силу 69 ст., а по совершенно инымъ основаніямъ. Начальникъ караула подчиненъ только начальнику гарнизона, коменданту и де-

журному по карауламъ, а слѣдовательно, требованіе смотрителя тюрьмы не могло имѣть въ данномъ случаѣ никакого обязательнаго значенія для начальника караула.

Что же касается приведенныхъ выше рѣшеній, которыми признано не подлежащимъ вмѣненію въ вину дѣяніе часовыхъ, смѣнявшихся съ поста при одномъ ружьѣ или въ отсутствіе разводящаго, хотя и по приказанію его, то, не говоря уже о другихъ рѣшеніяхъ Главнаго Военнаго Суда, признавшихъ необходимость вмѣненія въ вину при аналогичныхъ обстоятельствахъ (рѣш. 91 г. № 28 и 80 г. № 77), дѣяніе часовыхъ можетъ получить надлежащее истолкованіе, если мы представимъ себѣ положеніе обратное: подлежалъ ли бы отвѣтственности часовой, не сдавшій поста другому чину караула, прибывшему для смѣны безъ разводящаго или безъ ружья? При послѣднемъ условіи часовой долженъ былъ бы по приказанію разводящаго *уйти* съ поста, потому что разводящій имѣетъ право *не только смѣнить, но и снять часового* (§ 150 уст. гарн. сл.). Отвѣтственность же за неисполненіе приказанія разводящаго: отдать, будучи на посту, свое ружье другому,— не могла бы имѣть мѣста, такъ какъ подобное приказаніе только тогда обязательно для часоваго, когда оно исходитъ отъ Государя Императора (§ 151). Другими словами, покидая постъ по приказанію разводящаго, часовой исполнилъ лишь свою обязанность, а будучи снятъ—не имѣлъ уже значенія часоваго и могъ передать ружье другому. За отказъ же сдать постъ безъ разводящаго часовой, полагаемъ, могъ бы быть только награжденъ, какъ исполнительный и знающій службу солдатъ, а не наказанъ за неповиновеніе преступному приказу начальника.

Принципъ безусловный обязательности приказа и безотвѣтственности повиновавшагося подчиненнаго, поколебленный установленными въ законѣ исключеніями обращается, какъ видимъ, на практикѣ въ нѣчто совершенно безсодержательное. Жизнь доказываетъ, что военнослужащій не можетъ оставаться безнаказаннымъ, прикрываясь авторитетомъ начальника. Неизбѣжное послѣдствіе такого противорѣчія между закономъ и дѣйствительной жизнью:—крайняя неустойчивость существу-

ющихъ мнѣній о признакахъ обязательнаго для исполненія приказанія и полная неувѣренность подчиненныхъ въ правомѣрности или преступности повиновенія приказу начальника.

Къ тождественному заключенію приводитъ конструкція германскаго устава, въ которомъ вторая часть § 47 отмѣняетъ первую и принципу безотвѣтственности подчиненнаго сообщаетъ лишь формальное значеніе. Но вмѣстѣ съ тѣмъ § 47 германскаго военно-уголовнаго устава редактированъ несравненно лучше нашей 69 статьи, такъ какъ онъ не говоритъ о „явности" преступленія, не содержитъ особаго упоминанія о присягѣ и, наконецъ, предусматриваетъ преступность *не дѣянія*, приказаннаго начальникомъ, а преступность *цѣли* предписаннаго начальникомъ дѣйствія.

Если сравнить содержаніе § 47 германскаго кодекса и 69 ст. XXII кн. С. В. П. съ § 8 австрійскаго кодекса, то будетъ очевидно, что наше законодательство даже съ формальной стороны приближается къ принципу, принятому въ австрійской арміи, т. е. *отрицаетъ* безотвѣтственность подчиненнаго, повиновавшагося преступному приказу начальника. Какъ это ни странно, на первый взглядъ, но это такъ. Дѣйствительно, § 47 германскій вмѣняетъ подчиненному въ вину содѣянное по приказанію начальника преступленіе или проступокъ, если подчиненный *зналъ*, что приказъ относится къ дѣянію, которое имѣетъ цѣлью правонарушеніе. Законъ требуетъ *знанія* преступности приказаннаго дѣянія, а слѣдовательно *сомнѣніе* подчиненнаго, предположеніе преступности, по смыслу § 47 *не освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности повиновенія*, такъ какъ тотъ, кто сомнѣвается, не можетъ *знать*, сознавать, обстоятельствъ ему неизвѣстныхъ [1]. Между тѣмъ 69 ст. Воинскаго Устава избираетъ признакъ отрицательный „не могъ не видѣть" и рѣшеніе вопроса о существованіи этой возможности возлагаетъ на судъ, который, установивъ фактъ сомнѣнія подчиненнаго или даже *отсутствіе* сознанія преступности, обязанъ вмѣнить подчиненному въ вину содѣянное имъ, такъ какъ сомнѣніе доказываетъ *воз-*

---

[1]) Въ томъ же смыслѣ даетъ истолкованіе Hecker, Lehrbuch, S. 91.

можность знанія (законъ говоритъ „не могъ не видѣть“), а отсутствіе сознанія, какъ фактъ, *не устраняетъ возможности* возникновенія сознанія (сравн. рѣш. Главн. В. Суда 85 г. № 54 и 900 г. № 57). По смыслу германскаго кодекса всякое сомнѣніе подчиненнаго о законности приказа истолковывается въ его пользу, такъ какъ правомѣрность начальническаго требованія всегда предполагается, а противозаконность должна быть доказана и *извѣстна* подчиненому („wen ihm bekannt gewesen“). По нашему же воинскому уставу подчиненный не подлежитъ отвѣтственности за повиновеніе преступному приказу только тогда, когда отсутствовала совершенно *возможность* распознать преступность приказанія, т. е. другими словами, когда подчиненному не только не были извѣстны обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ дѣяніе, совершенное имъ по приказу начальника, обратилось въ противозаконное, но сверхъ того *и не могли* быть ему извѣстны. Иначе сказать, при исполненіи приказа начальника, отъ подчиненнаго требуется большая осмотрительность, чѣмъ при дѣйствіяхъ самостоятельныхъ. Подобное истолкованіе 69 ст. могло бы возбудить сомнѣніе, если бы оно было только личнымъ мнѣніемъ пишущаго эти строки. Но вполнѣ сходныя, по существу своему, соображенія были высказаны въ Совѣщаніи при Главномъ Военно-Судномъ Управленіи по поводу новой редакціи воинскаго устава (по проекту Генералъ-Маіора Гольмблята). Въ проектѣ статья 81 *не вмѣняла* повиновавшемуся подчиненному въ вину содѣянное, „когда онъ, исполняя приказаніе *могъ не видѣть*, что начальникъ приказываетъ . . . . совершить дѣяніе явно преступное“. Совѣщаніе нашло, что такое измѣненіе редакціи неудобно, такъ какъ выраженіе проекта менѣе опредѣленно, чѣмъ принятое въ ст. 69 („не могъ не видѣть“), „показывающее отсутствіе всякаго сомнѣнія въ томъ, что преступность дѣянія была извѣстна лицу, совершившему его по приказанію начальника“ [1]), а потому сохранило въ своемъ проектѣ (ст. 65) редакцію дѣйству-

[1]) Соображенія Совѣщанія при Главномъ Военно-Судномъ Управленіи по пересмотру Воин. Уст. о Наказ. (кн. XXII С. В. П. 1869 г. изд. 2) и предположенія относительно новой редакціи онаго. Составлено Полковникомъ Шендзиковскимъ, 1894 г. стр. 95 — 97.

ющей 69 статьи. Такимъ образомъ Совѣщаніе, отвергнувъ формулу „могъ не видѣть", признало, что содѣянное во исполненіе приказа только тогда не подлежитъ вмѣненію подчиненному, когда нѣтъ никакого сомнѣнія, что преступность дѣянія не могла быть извѣстна подчиненному („не могъ видѣть"); если же такое сомнѣніе имѣетъ мѣсто („могъ видѣть"), а оно можетъ зависѣть только отъ *возможности* знать тѣ обстоятельства, которыя фактически не были извѣстны,— то подчиненный подлежитъ отвѣтственности. Военнослужащій, обвиняемый въ тайномъ похищеніи чужого имущества, можетъ доказывать, что онъ взялъ чужое имущество по ошибкѣ, предполагая что беретъ свое, и не вѣдая, слѣдовательно, о тѣхъ обстоятельствахъ, вслѣдствіе которыхъ его дѣяніе обратилось въ противозаконное. Судъ, *исходя изъ презумпціи о невиновности* подсудимаго, провѣритъ его заявленіе и установитъ: имѣло ли дѣйствительно мѣсто заблужденіе. Если же подчиненный возьметъ чужую вещь по приказанію начальника, предполагая, что начальникъ имѣетъ право на такое приказаніе, и, слѣдовательно, не зная обстоятельствъ, сообщающихъ дѣянію значеніе противозаконнаго, то судъ будетъ обязанъ рѣшить вопросъ не о томъ: заблуждался ли подчиненный, а о томъ—могъ ли подчиненый заблуждаться? При добросовѣстной ссылкѣ подчиненнаго на заблужденіе, но при отрицательномъ отвѣтѣ суда на второй вопросъ, подчиненному должно быть вмѣнено въ вину тайное похищеніе чужого имущества.

Не трудно замѣтить, что система нашего воинскаго устава о наказаніяхъ, въ ея практическомъ примѣненіи, идетъ въ рѣшеніи вопроса о значеніи начальническаго приказа значительно далѣе кодекса австрійскаго, который, отрицая вліяніе приказа на отвѣтственность подчиненнаго, не установливаетъ, однако, никакихъ изъятій изъ общихъ принциповъ уголовнаго права.

Обращаясь къ вопросу о характерѣ приказанія, создающаго основаніе для невмѣненія въ вину содѣяннаго повиновавшимся подчиненнымъ, мы должны признать, что съ формальной стороны и въ этомъ отношеніи нашъ воинскій уставъ оставляетъ желать большей опредѣленности. Кромѣ австрійскаго военно-уголовнаго

кодекса, который, въ виду принятой имъ системы, не упоминаетъ о томъ—былъ ли приказъ отданъ по службѣ или нѣтъ, всѣ другіе кодексы, кромѣ нашего, совершенно точно опредѣляютъ, что юридически обязателенъ только приказъ по службѣ. Германскій кодексъ говоритъ о приказѣ in Dienstsachen, т. е. по дѣламъ службы, въ отличіе отъ Dienstbefehl, служебный приказъ; французскій и бельгійскій уставы о внутренней службѣ употребляютъ выраженія „приказъ для пользы службы и во исполненіе военныхъ законовъ"; Code pénal и Code pénal Belge требуютъ, чтобы приказъ относился къ предметамъ вѣдомства (pour des objets du ressort) начальника; швейцарскій кодексъ говоритъ о приказѣ, относящемся къ службѣ (concernant le service). Въ 69 ст. XXII кн. и 2 ст. XXII кн. слово „приказъ" употреблено безъ опредѣленія его отношенія къ службѣ. Слѣдуетъ ли въ виду такого умолчанія закона заключить, что въ нашей арміи обязателенъ для подчиненнаго всякій приказъ, хотя бы касающійся совершенно частныхъ интересовъ начальника, или же, напротивъ, только приказъ по дѣламъ службы? Рѣшеніе этого вопроса можетъ быть необходимо при опредѣленіи отвѣтственности за неповиновеніе начальнику, но по примѣненію 69 ст. ст. XXII кн. не имѣетъ, въ сущности, никакого практическаго значенія. Если подчиненный не только не сознавалъ, но, по признанію суда, и не могъ сознавать преступности приказанія, то содѣянное не будетъ вмѣнено ему въ вину, совершенно независимо отъ служебнаго или неслужебнаго характера приказа. Если же судъ признаетъ, что подчиненый не могъ не видѣть, что ему предписывается совѣршить дѣяніе явно преступное, то во всѣхъ случаяхъ будетъ имѣть мѣсто вмѣненіе въ вину, хотя бы приказу была дана форма служебнаго требованія. Съ теоретической же точки зрѣнія нельзя не присоединиться къ мнѣнію профессоровъ Неѣлова [1]) и Кузьмина-Караваева [2]), признающихъ принципіально обязательнымъ только приказъ по службѣ, который при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть

---

[1]) Курсъ. общ. ч. стр. 24; [2]) Воен. угол. пр. ч. общ. стр. 62—63 и 298.

причиной невмѣненія въ вину содѣяннаго повиновавшимся подчиненнымъ. Въ текстѣ закона невозможно, однако, найти въ пользу этого мнѣнія какихъ либо основаній. До изданія Воинскаго Устава, какъ мы видѣли, принципъ необязательности приказа по частному дѣлу былъ твердо установленъ въ законѣ. Той же системы держался сенаторъ Капгеръ, но уже Генералъ-Аудиторіатъ внесъ въ 239 ст. своего проекта (242 ст. перваго и 177 ст. второго пректа сенатора Капгера) слѣдующее положеніе: „сужденіе о томъ, относится ли приказаніе начальника къ обязанностямъ службы, или не касается оной, принадлежитъ не подчиненному, а единственно начальнику, который отвѣтствуетъ лично за всякое превышеніе и злоупотребленіе власти. Правило о такомъ безусловномъ повиновеніи начальству не распространяется лишь на тѣ случаи, для которыхъ въ самомъ законѣ постановлено особое изъятіе". Это постановленіе не вошло въ Воинскій Уставъ, но въ то же время изъ него было исключено указаніе на служебный характеръ приказа, освобождающаго отъ отвѣтственности подчиненнаго за содѣянное имъ наказуемое правонарушеніе.

Практикой Главнаго Военнаго Суда вопросъ этотъ не разрѣшенъ. Косвенное указаніе на обязательность и не служебнаго приказа можно видѣть въ рѣшеніи 1877 г. № 171.

Также не даетъ законъ прямого отвѣта на вопросъ объ обязательности для подчиненнаго приказаній начальника, превысившаго свою власть. Однако, путемъ изслѣдованія редакціи ст. 2 Дисциплинарнаго Устава и 69 ст. XXII кн. можно придти къ заключенію, что подобнаго рода приказанія обязательны для подчиненнаго во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда *преступность* приказанія зависитъ *исключительно* отъ нарушенія начальникомъ предѣловъ его власти. Другими словами, требованіе начальника, обращенное къ подчиненному,—совершить дѣйствіе правомѣрное по своему существу, но такое, которое могло быть приказано только высшимъ начальникомъ или не могло вообще быть приказано, какъ выходящее за предѣлы начальническихъ полномочій,— такое требованіе подчиненный обязанъ исполнить и содѣянное имъ не

можетъ быть вмѣнено въ вину, такъ какъ преступность дѣянія зависитъ отъ условій субъективныхъ, а не объективныхъ. Этотъ выводъ вытекаетъ изъ редакціи ст. 2 кн. XXIII и ст. 69 кн. XXII С. В. П. Первая изъ этихъ статей признаетъ повиновавшагося приказу подчиненнаго безотвѣтственнымъ во всѣхъ случаяхъ, кромѣ указанныхъ въ законѣ, именно въ 69 ст. Эта же послѣдняя говоритъ о „совершеніи" по приказанію начальника дѣянія „преступнаго". Слѣдовательно, *подчиненный* „совершающій" дѣяніе *не запрещенное* закономъ подъ страхомъ наказанія, не можетъ подлежать отвѣтственности за то, что *начальникъ*, отдавая приказаніе, совершилъ дѣйствіе преступное.

Главный Военный Судъ не касается непосредственно даннаго вопроса въ своихъ рѣшеніяхъ. Признавъ въ двухъ случаяхъ (рѣш. 1893 г. № 32 и 127) подчиненнаго обязаннымъ повиноваться начальнику, хотя бы превышающему предоставленную ему власть, Главный Военный Судъ имѣлъ въ виду лишь нарушенія начальникомъ предѣловъ предоставленной ему дисциплинарно-карательной власти, т. е. такое положеніе, когда подчиненный являлся какъ бы потерпѣвшимъ и получалъ право обжаловать распоряженіе начальника.

Приказаніе начальника, превышающаго въ своихъ требованіяхъ законныя полномочія, не во всѣхъ однако случаяхъ освобождаетъ отъ отвѣтственности повиновавшагося подчиненнаго. Мы видѣли выше, что Главный Военный Судъ призналъ правомѣрнымъ отказъ Полковника С. исполнить приказъ Начальника бригады, противорѣчившій распоряженію Военнаго Министра. Требуя дѣйствій, запрещенныхъ высшимъ начальникомъ, Начальникъ бригады превышалъ предоставленную ему закономъ власть и право—отмѣнять распоряженія только низшихъ начальниковъ. Если бы Полковникъ С. повиновался такому незаконному приказанію, то подлежалъ бы отвѣтственности, хотя онъ лично не нарушалъ предѣловъ своей власти. Причина отвѣтственности — неисполненіе обязательнаго требованія высшаго начальника, въ данномъ случаѣ—Военнаго Министра, т. е. нарушеніе правилъ подчиненности. При исполненіи же приказа высшаго начальника вопреки приказу начальника низшаго,

требованіе перваго должно разсматриваться какъ причина невмѣненія въ вину неповиновенія второму. Такимъ образомъ, въ указанномъ случаѣ Главный Военный Судъ разрѣшилъ въ порядкѣ судебномъ одинъ изъ трудныхъ вопросовъ военнаго права о коллизіи приказаній, вопросъ, который въ русской арміи оставался всегда новымъ и въ самое послѣднее время обратилъ на себя вниманіе Военнаго Министерства. Коллизія приказаній имѣетъ въ военно-уголовномъ правѣ то значеніе, что неизбѣжно вынуждаетъ подчиненнаго отказаться отъ исполненія одного изъ полученныхъ приказаній, т. е. совершить, съ формальной точки зрѣнія, одно изъ важнѣйшихъ воинскихъ преступленій. Не подлежитъ сомнѣнію, что неповиновеніе въ такихъ случаяхъ одному начальнику, для исполненія требованій другого, не можетъ быть вмѣнено подчиненному въ вину, такъ какъ причиной ослушанія является логическая и физическая невозможность исполнить оба требованія, а не умыселъ нарушить волю начальника. Въ этомъ отношеніи рѣшеніе вопроса не представляетъ затрудненій. Спорнымъ же является лишь тотъ критерій, который слѣдуетъ положить въ основаніе, при рѣшеніи вопроса о выборѣ между двумя исключающими другъ друга приказаніями. Можно поставить обязательность одного изъ двухъ противоположныхъ приказовъ въ зависимость отъ времени отдачи приказанія или отъ старшинства начальниковъ; при существованіи же помимо прямыхъ начальниковъ, т. е. начальниковъ въ техническомъ смыслѣ, другой группы начальниковъ косвенныхъ, иными словами—старшихъ по званію, имѣющихъ право приказывать, необходимо еще опредѣлить юридическую обязательность требованій лицъ первой и второй группы.

Сложность организаціи войска и условія его боевой службы дѣлаютъ, конечно, желательнымъ рѣшеніе этихъ вопросовъ въ законодательномъ порядкѣ. Изъ числа законодательствъ европейскихъ государствъ этимъ путемъ разрѣшенъ вопросъ только въ австрійской арміи. § 158 австрійскаго военно-уголовнаго кодекса, перечисляя тѣ случаи, въ которыхъ неисполненіе подчиненнымъ приказанія не можетъ быть вмѣнено ему въ вину какъ нарушеніе субординаціи, указываетъ, между прочимъ, два:

пунктъ *с*—если приказаніе дано, хотя и старшимъ лицомъ, но такимъ, которое по порядку службы къ тому не уполномочено, и пунктъ *д*—если подчиненный получилъ отъ своего непосредственнаго начальника иное приказаніе. Это постановленіе, не вполнѣ ясно изложенное, даетъ основаніе предполагать, что законъ обязываетъ подчиненнаго всегда повиноваться приказу непосредственнаго начальника, даже вопреки требованію прямого высшаго начальника. Развитіе и объясненіе этого положенія мы находимъ въ п. 67 Dienst-Reglement, который опредѣляетъ слѣдующее: „если исполненію полученнаго отъ одного начальника порученія будетъ препятствовать вполнѣ или частью личное приказаніе другого начальника, то подчиненный, доложивъ второму начальнику о ранѣе полученномъ распоряженіи, обязанъ исполнить его приказаніе, если онъ на этомъ настаиваетъ“. Такимъ образомъ, очевидно, что законъ обусловливаетъ, при коллизіи приказаній, обязанность подчиненнаго повиноваться—только временемъ полученія приказаній, совершенно назависимо отъ служебнаго положенія приказывающаго, т. е. допускаетъ какъ бы отмѣну низшимъ начальникомъ распоряженій высшаго. Мы говоримъ „какъ бы“, потому что не подлежитъ сомнѣнію, что низшій начальникъ не можетъ имѣтъ *права* отмѣнять распоряженія начальниковъ высшихъ и, въ случаѣ такой отмѣны, будетъ подлежать отвѣтственности за превышеніе власти. Но подчиненный не освобождается, въ виду приведеннаго постановленія, отъ обязанности повиновенія второму начальнику, такъ какъ *для него* (т. е. для подчиненнаго) первое приказаніе утрачиваетъ въ этихъ случаяхъ обязательное значеніе.

Какъ увидимъ сейчасъ, мнѣніе сходное съ только что приведеннымъ постановленіемъ австрійскаго законодательства высказывается и въ нашей арміи, но, не получая законодательной санкціи, остается лишь мнѣніемъ отдѣльныхъ начальниковъ и, слѣдовательно, нисколько не устраняетъ недоумѣній и не даетъ подчиненнымъ увѣренности въ томъ, что дѣйствія ихъ будутъ признаны закономѣрными. Можно не соглашаться съ системой австрійскаго закона, но нельзя отрицать того обстоятельства, что австрійскій солдатъ и офицеръ знаютъ во всякій моментъ—кому они должны повиноваться.

Въ нашей арміи до настоящаго времени рѣшеніе этого вопроса происходило лишь порядкомъ судебнымъ, т. е. по поводу отдѣльныхъ случаевъ, а потому не могло получить *для войска* обязательнаго значенія. Главный Военный Судъ, высказавъ свой взглядъ въ 1885 году въ рѣшеніи № 109, совершенно послѣдовательно повторилъ его въ рѣшеніяхъ 1889 г. № 120 и 1897 г. № 55, не допуская въ этомъ отношеніи никакихъ колебаній. Въ указанныхъ рѣшеніяхъ, а также въ приведенномъ выше рѣшеніи по дѣлу Полковника С., Главнымъ Военнымъ Судомъ установлены слѣдующія положенія: 1) приказаніе начальника можетъ быть отмѣнено только высшимъ начальникомъ, а потому всякое требованіе начальника низшаго, не согласное съ приказаніемъ начальника высшаго,—не обязательно для подчиненнаго; 2) при столкновеніи приказаній, отданныхъ нижнему чину, онъ долженъ исполнять приказанія своихъ непосредственныхъ и прямыхъ начальниковъ предпочтительно приказаніямъ, даваемымъ ему остальными начальниками. Это послѣднее положеніе объясняется тѣмъ, что *въ отношеніи нижнихъ чиновъ* право приказывать присвоено не только начальникамъ въ техническомъ смыслѣ, но и всѣмъ офицерамъ русской арміи. Постановленія нашего законодательства, опредѣляющія положеніе и права начальниковъ въ русской арміи, были уже разсмотрѣны выше, а потому мы не будетъ возвращаться къ этому вопросу, здѣсь же разсмотривъ основанія въ пользу установленной Главнымъ Военнымъ Судомъ системы, а также возраженія противъ нея.

Рѣшеніе Главнаго Военнаго Суда 1889 г. № 120 состоялось по поводу осужденія рядового Б. за неповиновеніе, выразившееся въ томъ, что этотъ рядовой, получивъ приказаніе Подпоручика Ш. — отправиться подъ арестъ, не исполнилъ этого приказанія, такъ какъ получилъ приказаніе своего непосредственнаго начальника Поручика О.—не идти подъ арестъ. Главный Военный Судъ, признавъ, что въ дѣйствіяхъ ряд. Б. не заключается состава преступныхъ дѣяній, предосмотрѣнныхъ 104 или 105 ст. XXII, привелъ слѣдующія по этому поводу соображенія: „хотя въ силу 408 ст. Ш ч. I кн. С. В. П. 1859 г. всякій офицеръ есть началь-

никъ нижнихъ чиновъ, а въ ст. 2 Дисциплинарнаго Устава 1888 г. указано, что при безпрекословномъ исполненіи подчиненнымъ приказаній начальника, онъ одинъ отвѣчаетъ за послѣдствія своего дѣянія, тѣмъ не менѣе подсудимый Б. долженъ былъ исполнить приказаніе своего непосредственнаго начальника, которое въ настоящемъ случаѣ было для него безусловно обязательнымъ и которое могло быть отмѣнено лишь высшимъ, въ порядкѣ подчиненности, начальникомъ. Противное сему толкованіе поставило бы непосредственныхъ начальниковъ внѣ возможности исполнять возложенныя на нихъ обязанности по закону и внѣ отвѣтственности за ввѣренныя имъ части. Кромѣ сего поставило бы и подчиненныхъ въ безвыходное положеніе, такъ какъ подчиненный, получивъ по одному и тому же предмету два діаметрально противоположныя приказанія, при исполненіи котораго либо изъ нихъ подвергался бы наказанію за неисполненіе другого приказанія, какъ за неповиновеніе" [1]).

Такой взглядъ Главнаго Военнаго Суда находитъ, однако, безусловныхъ противниковъ, во главѣ которыхъ, какъ выражающій свое мнѣніе печатно, долженъ быть поставленъ Генералъ-Адъютантъ Драгомировъ. Въ подробной программѣ обученія молодыхъ солдатъ пѣхоты, составленной по приказанію Командующаго войсками Кіевскаго военнаго округа (изд. XVI, 1900 г.) на стр. 7, въ отдѣлѣ о подчиненности, мы читаемъ: „если одинъ начальникъ приказалъ тебѣ что нибудь сдѣлать, а другой даетъ другое приказаніе, доложи ему —отъ кого и какое ты прежде получилъ приказаніе и, если второй начальникъ опять прикажетъ исполнить его приказаніе, то исполни, а потомъ уже исполняй первое приказаніе, а возвратившись доложи первому начальнику, что и какъ было." Это правило, хотя и не разрѣшаетъ непосредственно вопроса о коллизіи приказаній, другъ друга исключающихъ, но тѣмъ не менѣе убѣждаетъ, что подчиненный, по крайней мѣрѣ въ Кіевскомъ военномъ округѣ, обязанъ исполнять *позднѣйшее* приказаніе отъ какого бы начальника оно ни

---

[1]) Тождественныя соображенія изложены въ рѣш. 1885 г. № 109.

исходило. Послѣдній выводъ находитъ себѣ подтвержденіе въ той же программѣ, гдѣ въ примѣчаніи къ указанному правилу приведенъ примѣръ: „я послалъ тебя отнести записку въ канцелярію, тебя встрѣтилъ подпоручикъ N и приказалъ сходить къ нему на квартиру—принести перчатки; доложи ему, что ты идешь по моему приказанію, и, если онъ всетаки прикажетъ тебѣ идти къ нему на квартиру, сходи и принеси ему перчатки и потомъ уже иди въ канцелярію; авозвратившись, доложи мнѣ объ этомъ. Г. г. офицерамъ не злоупотреблять этимъ правомъ безъ особо уважительныхъ причинъ.“ Это примѣчаніе заслуживаетъ во многихъ отношеніяхъ вниманія. Въ примѣрѣ употреблено личное мѣстоименіе „я“, которое можетъ относиться какъ къ младшему офицеру роты, такъ и къ Командующему Войсками Округа. Слѣдовательно, нижній чинъ обязывается исполнить приказаніе каждаго офицера, хотя бы оно отмѣняло собой приказанія прямыхъ начальниковъ высшихъ степеней. Между тѣмъ въ той же программѣ сказано на стр. 6: „младшіе начальники ничего не могутъ приказывать противъ старшихъ начальниковъ.“ Какъ же примирить эти два, повидимому, другъ друга исключающія правила? Съ точки зрѣнія юриста отвѣтъ не представляетъ затрудненія. Младшіе „*не могутъ*“ отмѣнять приказанія старшихъ начальниковъ, а если отмѣнятъ—подлежатъ отвѣтственности. Однако, превышеніе начальникомъ предоставленной ему власти *не освобождаетъ подчиненнаго объ обязанности повиновенія.* Подобное истолкованіе вытекаетъ изъ точнаго смысла помѣщенныхъ въ программѣ правилъ. Оно является логическимъ выводомъ изъ данныхъ положеній. Другой вопросъ—правильны ли эти положенія, но иного способа примирить указанное противорѣчіе—нѣтъ. Генералъ Драгомировъ въ небольшой замѣткѣ, помѣщенной въ № 583 «Развѣдчика» за 1901 г., отрицаетъ совершенно противорѣчіе приведенныхъ правилъ, считаетъ вопросъ объ отмѣнѣ младшимъ начальникомъ приказа старшаго начальника—вопросомъ казуистическимъ и рекомендуетъ обратиться за разрѣшеніемъ его къ „законникамъ, которые укажутъ вамъ соотвѣтствующія статьи закона, покопаются въ рѣшеніяхъ Главнаго Военнаго Суда, раз-

бередятъ вопросъ и быть можетъ, выскажутъ общее рѣшеніе“ [1]). Суть дѣла въ томъ, что Генералъ Драгомировъ въ этой статьѣ вопроса не рѣшилъ. Какъ же рѣшитъ его солдатъ, который къ „законникамъ“ обратиться не можетъ, о рѣшеніяхъ Главнаго Военнаго Суда не слыхалъ, а „бередить“ какіе либо „вопросы“ совсѣмъ не умѣетъ?

Затѣмъ, въ приведенномъ программою примѣрѣ, приказанію служебному (отнести записку въ канцелярію) противополагается приказаніе совершенно частнаго характера (принести перчатки). Если опозданіе при относѣ записки въ канцелярію можетъ не повлечь за собой никакихъ вредныхъ послѣдствій, то примѣненіе подобнаго принципа во всѣхъ случаяхъ и, главнымъ образомъ, въ военное время можетъ имѣть прямо гибельныя послѣдствія. Нижній чинъ, посланный съ важнымъ приказаніемъ, отъ своевременной передачи котораго зависитъ участь находящейся въ бою воинской части, случайно встрѣчаетъ офицера, который приказываетъ ему почистить его, офицера, платье или поставить самоваръ. Можно ли допустить, во имя бытія самого войска, исполненіе второго приказанія въ ущербъ обязанности исполнить первое? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы находимъ въ Приказаніи Войскамъ Кіевскаго же военнаго округа 1890 г. 31 мая № 55, гдѣ Командующій войсками округа, „дабы обратить войскамъ въ привычку нѣкоторыя правила и пріемы, укорененіе коихъ необходимо особенно въ военное время“, предписываетъ, между прочимъ, имѣть въ виду, „что въ строю, какъ и въ караулѣ, каждый долженъ исполнять приказанія только тѣхъ начальниковъ, которымъ онъ будетъ непосредственно подчиненъ во время ученія или маневра, т. е. прямыхъ своихъ начальниковъ“, а поэтому Командующій войсками требуетъ, „чтобы каждый чинъ, получая приказаніе, прежде всего обдумалъ: имѣетъ ли онъ право принять его къ исполненію? и, если—нѣтъ, то обязывается почтительно, но твердо не слушать, докладывая, что строжайше запрещено исполнять чьи бы то ни

---

[1]) „Дисциплинарныя недоразумѣнія“ (отвѣтъ Ив. Ив. Кал-ву) стр. 1176.

было приказанія кромѣ прямыхъ начальниковъ.“ Полагаемъ, что примирить противорѣчіе программы и этого приказа совершенно невозможно, или же надо признать, что въ періодъ ученій обязанности воинскихъ чиновъ измѣняются по сравненію съ обязанностями въ неучебное время. Какая привычка окажется сильнѣе и возможно ли создать одновременно двѣ привычки, другъ друга исключающія,—вопросъ неразрѣшимый. Принципъ ограниченнаго повиновенія, установленный въ приведенномъ приказѣ, признавался Генераломъ Драгомировымъ много ранѣе, въ его литературныхъ работахъ по военнымъ вопросамъ. Такъ, въ сборникѣ «14 Лѣтъ» мы читаемъ на стр. 115—„.... солдата нужно пріучать не только къ повиновенію, но и къ сопротивленію. Его повиновеніе не должно напоминать собою повиновенія хорошо выѣзженной лошади, которая слушается не одного своего хозяина, но послушается и его врага, знающаго пріемы управленія.“ Такое повиновеніе врагу будетъ безусловно всегда возможно со стороны нижнихъ чиновъ, если ихъ обязанность повиновенія обусловить только формой одежды приказывающаго, такъ какъ офицерскій мундиръ русской арміи можетъ надѣть въ военное время и непріятельскій шпіонъ.

Въ нашей военной литературѣ мнѣніе Генералъ-Адъютанта Драгомирова находитъ себѣ сторонниковъ, соображенія которыхъ, однако, мало убѣдительны, хотя высказываются очень авторитетнымъ тономъ. Такъ г. Ф. Орловъ въ «Варшавскомъ Военномъ Журналѣ» за 1899 г. № 6, утверждая, что „безотвѣтную, безъ думы и безъ оглядки, исполнительность полагалъ въ основу нашего солдата и создатель нашей постоянной арміи, Императоръ Петръ Великій“, признаетъ „призрачнымъ“ право нижняго чина опредѣлять, какое изъ двухъ противорѣчивыхъ приказаній обязательно для него (стр. 525—527). Если бы г. Ф. Орловъ заглянулъ въ Артикулъ Воинскій Петра Великаго, то можетъ быть пришелъ бы къ иному заключенію.

Взглядъ Главнаго Военнаго Суда нашелъ себѣ въ послѣднее время авторитетное подтвержденіе въ соображеніяхъ Главнаго Военно-Суднаго Управленія, коему Главный Штабъ предложилъ высказаться по вопросу о

коллизіи приказаній начальниковъ. Соображенія эти изложены въ указанномъ уже выше отзывѣ отъ 6 марта 1900 г. за № 1161, къ коему приложена докладная записка по Главному Штабу отъ 19 марта 1901 г. за № 16, содержащая въ себѣ сводъ мнѣній по этому вопросу Командующихъ войсками всѣхъ военныхъ округовъ.

Не имѣя возможности привести полностью содержаніе отзыва Главнаго Военно-Суднаго Управленія, укажемъ лишь окончательные выводы въ немъ изложенные: 1) „приказаніе прямого начальника, подлежитъ безусловному исполненію, независимо отъ того — было оно отдано ранѣе или позже чѣмъ приказаніе непрямого начальника“; 2) „въ случаѣ коллизіи между приказаніями двухъ прямыхъ начальниковъ должно быть исполнено приказаніе высшаго начальника, независимо отъ того— было ли оно отдано раньше или послѣ приказанія младшаго“; 3) „при коллизіи приказаній непрямыхъ начальниковъ— приказаніе, отданное нижнему чину непрямымъ начальникомъ, можетъ быть отмѣнено (кромѣ прямыхъ начальниковъ) только старшимъ начальникомъ, понимая въ этомъ случаѣ старшинство такъ, какъ его опредѣляетъ Дисциплинарный Уставъ и Воинскій Уставъ о наказаніяхъ (т. е. оберъ-офицеры, штабъ-офицеры и генералы)“.

По соображеніямъ, изложеннымъ въ предыдущей главѣ, я всецѣло присоединяюсь къ мнѣнію Главнаго Военнаго Суда и Главнаго Военно-Суднаго Управленія. Изложенная система не допускаетъ никакихъ недоразумѣній, а въ основу ея положенъ принципъ іерархической подчиненности, который, будучи опредѣленъ закономъ, не можетъ претерпѣвать измѣненій въ зависимости отъ времени выраженія начальникомъ своей воли. Предлагаемое Главнымъ Военно-Суднымъ Управленіемъ рѣшеніе вопроса о коллизіи приказаній начальниковъ, хотя и не находитъ себѣ непосредственнаго подтвержденія въ законѣ, но безусловно отвѣчаетъ общему его духу и должно быть предпочтено всякому другому уже въ силу того, что въ основу этого рѣшенія положенъ безспорный принципъ старшинства. Можно добавить лишь, въ виду существующаго у насъ подраздѣленія

офицерскихъ чиновъ, что Главнымъ Военно-Суднымъ Управленіемъ не предусмотрѣны случаи коллизіи приказаній, исходящихъ отъ двухъ оберъ офицеровъ, или двухъ штабъ-офицеровъ, или двухъ генераловъ. Въ виду невозможности обязывать нижняго чина опредѣлять старшинство въ чинахъ офицеровъ одного наименованія, въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ поставить обязательность приказа въ зависимость отъ подтвержденія своего требованія вторымъ изъ приказывающихъ непрямыхъ начальниковъ, послѣ доклада нижняго чина о приказаніи, полученномъ ранѣе.

Не подлежитъ сомнѣнію, что порядокъ, принятый въ отношеніи нижнихъ чиновъ, долженъ найти себѣ полное примѣненіе и въ отношеніи офицеровъ въ случаяхъ, указанныхъ 50—52 ст. Дисциплинарнаго Устава.

Въ заключеніе настоящей главы можно замѣтить, что наше законодательство, а также военные кодексы австрійскій, германскій, французскій, италіанскій, бельгійскій и швейцарскій оставляютъ совершенно безъ разрѣшенія вопросъ о значеніи формы приказаній и о правѣ подчиненнаго не повиноваться приказу, лишенному законныхъ основаній. За отсутствіемъ какихъ либо по этому поводу указаній въ законѣ всякое рѣшеніе вопроса будетъ произвольнымъ. Поэтому, полагаемъ, возможно установить лишь слѣдующее правило: если въ законѣ опредѣлены точно тѣ случаи, когда данное приказаніе можетъ быть отдано, и указаны формальности, обязательно предшествующія или сопровождающія это приказаніе, то подчиненный не имѣетъ права повиноваться, когда указанныя обстоятельства не наступили или установленныя формальности не выполнены. Это предлагаемое правило основано на томъ соображеніи, что предписанія закона не могутъ быть отмѣнены приказомъ начальника. Законъ, опредѣляя тѣ или другія условія, при которыхъ можетъ быть отданъ приказъ, тѣмъ самымъ объявляетъ требованіе, не удовлетворяющее этимъ условіямъ,— юридически ничтожнымъ. Одинъ изъ случаевъ признанной въ самомъ законѣ необязательности приказа, неудовлетворяющаго формальнымъ условіямъ, былъ указанъ выше, именно, распоряженіе о допускѣ караульнымъ начальникомъ къ охраняемымъ

кладовымъ или денежнымъ сундукамъ (§ 217—219 уст. гарниз. службы). Большого вниманія заслуживаетъ вопросъ о значеніи законности основаній и соблюденіи формальностей при употребленіи войсками оружія въ случаяхъ народныхъ безпорядковъ. Такъ какъ законъ точно указываетъ два условія правомѣрности употребленія оружія—нарушеніе народомъ общественнаго порядка и присутствіе на мѣстѣ представителей гражданской власти, а также дозволяетъ (кромѣ случаевъ необходимой обороны) прибѣгнуть къ силѣ оружія, только послѣ предваренія неповинующихся словами и сигналомъ, то, по моему мнѣнію, приказъ или команда начальника—стрѣлять въ толпу народа, не проявляющую ничѣмъ своихъ законопротивныхъ намѣреній, *при отсутствіи на мѣстѣ гражданской власти и ранѣе предваренія, установленнымъ порядкомъ неповинующихся*,— такой приказъ не подлежитъ исполненію подчиненными, а повиновеніе ихъ подобному приказу—преступно.

Резюмируя все изложенное въ настоящей главѣ, можно придти къ слѣдующимъ выводамъ. Редакцію 69 ст. XXII кн., а также принципъ, положенный въ ея основаніе, нельзя признать удовлетворительными. По дѣйствующему законодательству, дѣяніе, совершенное по приказу начальника подчиненнымъ, не подлежитъ вмѣненію послѣднему въ вину только тогда, когда, по мнѣнію суда, подчиненный былъ лишенъ возможности распознать въ приказѣ начальника требованіе совершить дѣяніе, воспрещенное закономъ подъ страхомъ болѣе тяжкаго наказанія, чѣмъ взысканіе дисциплинарное [1]). Отвѣтственность подчиненнаго не зависитъ отъ служебнаго или неслужебнаго характера приказанія. Приказаніе *совершить дѣяніе правомѣрное*, но необходимое начальнику для достиженія *преступной цѣли*, обязательно для подчиненнаго, хотя бы эта цѣль была ему извѣстна, такъ какъ законъ говоритъ о „*дѣяніяхъ* явно преступныхъ.“ Превышеніе начальникомъ предоставленной ему власти не освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности

---

[1]) Это послѣднее условіе вытекаетъ изъ приведеннаго выше рѣш. Главнаго Военнаго Суда 1889 г. № 95, такъ какъ дѣяніе повиновавшихся подчиненныхъ (учителей молодыхъ солдатъ) предусмотрѣно 186 ст. XXII кн., допускающей дисциплинарное взысканіе.

повиновенія и содѣянное не можетъ быть вмѣнено ему въ вину. Неповиновеніе приказу начальника не вмѣняется подчиненному въ вину, если приказъ былъ отмѣненъ высшимъ прямымъ начальникомъ. Совершеніе по приказу начальника такого дѣянія, преступность котораго зависитъ только отъ отсутствія законныхъ основаній приказа или несоблюденія формальностей,—можетъ быть вмѣнено подчиненному въ вину, лишь при существованіи прямого указанія въ законѣ тѣхъ обстоятельствъ, при наличности которыхъ дѣяніе можетъ быть приказано и тѣхъ формальностей, соблюденіе которыхъ обязательно.

Можно пожелать, чтобы при пересмотрѣ воинскаго устава, былъ исключенъ признакъ явной преступности приказаннаго дѣянія, и необязательность приказа была бы обусловлена преступною *цѣлью* предписаннаго начальникомъ дѣянія.

X.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, содержаніе тѣхъ причинъ невмѣненія въ военно-уголовномъ правѣ, которыя, по принятой мною терминологіи, относятся къ числу причинъ юридическаго характера. Основная черта ихъ заключается въ томъ, что отношенія субъекта посягательства къ объекту опредѣляются закономъ, а потому и самое посягательство всегда правомѣрно. Иначе сказать, основанія невмѣненія въ виду лежатъ въ самомъ законѣ, который предписываетъ или дозволяетъ дѣяніе. При наличности же тѣхъ причинъ, которыя мною названы фактическими, дѣяніе не вмѣняется въ вину только вслѣдствіе особыхъ условій дѣятельности, возникающихъ или вопреки закона, или совершенно независимо отъ его предписаній. Посягательство, учиненное въ состояніи необходимой обороны, не вмѣняется въ вину обороняющемуся только потому, что онъ подвергся противозаконному нападенію. Оборона не составляетъ обязанности лица, а съ другой стороны, возникновеніе права—совершить на личность нападающаго посягательство, не подлежащее вмѣненію, зависитъ не отъ воли лица, осуществляющаго это право, а отъ противоза-

коннаго желанія нападающаго. Право собственности можетъ возникнуть только тогда, когда лицо пожелаетъ стать собственникомъ и совершитъ рядъ дѣйствій, которымъ законъ сообщаетъ значеніе переносящихъ предметъ обладанія изъ господства одного лица въ сферу власти другого. Все, совершенное лицомъ въ указанныхъ закономъ предѣлахъ субъективнаго права или обязанности, не подлежитъ вмѣненію въ вину, хотя бы при этомъ нарушалось право другого или причинялся ему вредъ. Между тѣмъ право посягательства на личность противозаконно нападающаго создается не закономъ и не волею обороняющагося, а преступной (въ объективномъ смыслѣ) дѣятельностью нападающаго, его волею. Право обороны возникаетъ только тогда, когда другое лицо пожелаетъ совершить дѣйствіе противозаконное и прекращается съ момента отказа нападающаго отъ достиженія избранной имъ преступной цѣли. Причина невмѣненія въ вину обороняющемуся его насильственныхъ дѣйствій лежитъ въ объективномъ *фактѣ нападенія,* а не въ субъективномъ правѣ обороны. Тѣ же соображенія относятся къ дѣяніямъ, совершеннымъ въ состояніи крайней необходимости. Возникновеніе явленій внѣшняго міра, могущихъ поставить лицо въ состояніе необходимости нарушить право другого, зависитъ исключительно отъ случайнаго взаимодѣйствія физическихъ силъ, не входящаго въ предвидѣніе ни законодателя, ни субъекта посягательства. Не обязанность и не право побуждаютъ лицо совершить объективно неправомѣрное дѣяніе, а лишь необходимость спасти свое благо на счетъ блага другого; причемъ эта необходимость всега условна и создана не волею законодателя или субъекта дѣянія, а внѣшними явленіями, фактическимъ положеніемъ лица. Затѣмъ, нарушеніе правъ третьихъ лицъ, при отсутствіи возможности предвидѣть послѣдствія дѣянія или при заблужденіи о его содержаніи и вредоносности, какъ проистекающее изъ дефектовъ сознанія лица дѣйствующаго, не можетъ быть дозволено, предписано или запрещено закономъ, такъ какъ правонарушеніе создается въ этихъ случаяхъ не волею и сознаніемъ лица, а сочетаніемъ и взаимодѣйствіемъ физическихъ, въ обширномъ смыслѣ, силъ. Вредныя послѣдствія случайнаго или ошибочнаго

дѣянія невмѣняются въ вину потому, что *дѣянія* эти, сами по себѣ, будучи лишь проявленіемъ различныхъ силъ природы, не имѣютъ юридическаго значенія.

Зависимость указанныхъ причинъ невмѣненія отъ фактическаго положенія или состоянія лица создаетъ необходимость особаго опредѣленія этихъ причинъ въ военно-уголовномъ правѣ не только въ отношеніи содержанія ихъ, но и въ отношеніи тѣхъ принциповъ, которые должны быть положены въ ихъ основаніе. Военное право, какъ опредѣляющее организацію и условія дѣятельности войска, управляемаго только волею вождя, не можетъ оставить безъ разрѣшенія вопросъ о тѣхъ дѣйствіяхъ его членовъ, которыя нарушаютъ установленныя въ войскѣ отношенія и посягаютъ на условія его успѣшной дѣятельности. Содержаніе и направленіе дѣятельности воина можетъ быть опредѣлено только волею вождя, а не преступными дѣйствіями другого военнослужащаго или случайными явленіями внѣшняго міра. Военно-уголовное право, въ отношеніи фактическихъ причинъ невмѣненія, должно, какъ это было уже выше указано, опредѣлить необходимость особыхъ постановленій, касающихся этихъ причинъ невмѣненія, указать основанія изъятій и выяснить возможность спеціальной конструкціи соотвѣтствующихъ опредѣленій закона.

Допустимо ли въ военномъ быту невмѣненіе въ вину дѣяній, совершенныхъ въ состояніи необходимой обороны?

Военное право опредѣляетъ отношенія между начальниками и подчиненными, старшими и младшими, а отчасти, въ виду совмѣстнаго сотрудничества, и отношенія равныхъ между собой. Нормы военнаго права и бытъ войска не поглощаютъ, однако, совершенно личности военнослужащихъ, а оставляютъ дѣятельности ихъ извѣстный просторъ въ тѣхъ случаяхъ, когда требованія службы не вызываютъ необходимости ограниченій.

Воинъ сохраняетъ, какъ мы видѣли, всѣ права гражданина, и ему воспрещается только осуществленіе нѣкоторыхъ правъ, несовмѣстное съ условіями воинской дѣятельности. Отношенія лицъ начальствующихъ и подчиненныхъ опредѣляются только въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для достиженія цѣлей воинскаго воспи-

танія и успѣха военныхъ дѣйствій. Поэтому начальнику предоставляется право не на личность подчиненнаго, а только на его дѣйствія, нужныя для достиженія указанныхъ цѣлей. Начальникъ можетъ требовать отъ подчиненнаго полнаго напряженія физическихъ силъ, но для достиженія цѣли, указанной вождемъ, а не своей личной; начальникъ можетъ требовать отъ подчиненнаго всякихъ жертвъ, но не для удовлетворенія своихъ желаній, а только для блага войска и государства; начальникъ можетъ стѣснять свободу подчиненнаго, посягать на его самолюбіе (выговоры), здоровье, жизнь, но только для принужденія къ дѣйствіямъ обязательнымъ. Приказаніе начальника — исполнить работу для его личнаго обогащенія, броситься въ огонь для спасенія его горящаго имущества или, даже, для спасенія его близкихъ родныхъ,—такое требованіе для подчиненнаго не обязательно. Заключеніе подчиненнаго въ карцеръ за нежеланіе дать начальнику деньги взаймы; нанесеніе подчиненному ударовъ, ранъ, причиненіе увѣчій, смерти, кромѣ случаевъ указанныхъ въ законѣ, когда начальникъ уполномоченъ принуждать силою сопротивляющагося подчиненнаго; отнятіе у послѣдняго его имущества, посягательство на близкихъ подчиненному лицъ,—всѣ эти требованія и дѣйствія начальника преступы, а покорность имъ со стороны подчиненнаго не обязательна. Начальникъ преступенъ потому, что онъ своими дѣйствіями отрицаетъ волю верховнаго вождя, а отказъ повиноваться или покориться силѣ начальника со стороны подчиненнаго — правомѣренъ потому, что вождь запрещаетъ исполненіе приказаній преступныхъ и не требуетъ самоотреченія въ личныхъ интересахъ преступнаго начальника. Дѣйствія подчиненнаго, неповинующагося преступному приказу начальника, съ *формальной* стороны преступны, но не подлежатъ вмѣненію въ вину, потому что требованіе начальника юридически не обязательно, а отказъ подчиненнаго — субъективно правомѣренъ, какъ совпадающій съ волею вождя и законодателя. Отраженіе силою преступнаго нападенія начальника, *формально* выражаетъ собою наказуемое посягательство на личность послѣдняго, но будучи лишь средствомъ защиты отъ дѣйствій преступ-

ныхъ, и не заключая въ себѣ отрицанія воли вождя (такъ какъ по направленію своему дѣйствіе подчиненнаго противоположно преступному дѣянію начальника), такое отраженіе подчиненнымъ нападенія — правомѣрно и не можетъ быть вмѣнено ему въ вину. Юридическія отношенія подчиненности между начальникомъ, отдающимъ преступное приказаніе, и подчиненнымъ, его воспринимающимъ, не разрушаются фактомъ предъявленія требованія, запрещеннаго закономъ, но этотъ фактъ освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности повиноваться. Нападающій на подчиненнаго начальникъ не перестаетъ быть таковымъ, но фактъ нападенія освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности покоряться волѣ преступнаго начальника и даетъ ему право противопоставить волѣ послѣдняго свою волю, какъ это имѣетъ мѣсто при неповиновеніи противозаконному приказанію.

Отрицать въ принципѣ право необходимой обороны подчиненнаго противъ преступнаго нападенія начальника—невозможно. Такое отрицаніе сообщаетъ начальнику право распоряженія жизнью и смертью подчиненнаго, а послѣдняго ставитъ въ положеніе раба; оно разрушаетъ идею воинской дисциплины, такъ какъ обязываетъ подчиненнаго повиноваться не только волѣ законодателя и вождя, но и преступной волѣ начальника, пренебрегающаго запретами закона. Такое отрицаніе даетъ начальнику возможность удовлетворять всѣ свои корыстныя и гнусныя желанія, такъ какъ угроза наказаніемъ во многихъ случаяхъ не достигаетъ и не можетъ достигнуть цѣли. Если законъ признаетъ субъективное право лица, то не можетъ вмѣнять послѣднему въ вину оборону этого права, недостаточно огражденнаго государственной властью.

Можетъ показаться на первый взглядъ спорнымъ вопросъ о правѣ обороны подчиненнымъ третьихъ лицъ при противозаконномъ нападеніи начальника. Но, при ближайшемъ разсмотрѣніи, отрицаніе этого права не поддается сколько нибудь твердому обоснованію. Возможность дать вѣрный отвѣтъ на вопросъ нерѣдко возрастаетъ, если при разрѣшеніи его идти отъ частныхъ случаевъ къ общимъ:—болѣе ясная форма даннаго, отдѣльнаго явленія, сопоставленнаго съ рядомъ явленій

аналогичныхъ, позволяетъ выработать типъ явленій опредѣленнаго содержанія и дать имъ надлежащую оцѣнку. Примѣнимъ этотъ методъ къ разрѣшенію только что поставленнаго вопроса о правѣ обороны подчиненнымъ третьихъ лицъ при нападеніи начальника.

Представимъ себѣ положеніе подчиненнаго, рядового или офицера, это безразлично, въ присутствіи котораго въ уединенномъ мѣстѣ *начальникъ* нападаетъ съ цѣлью лишенія жизни и съ оружіемъ въ рукахъ *на своего начальника*, т. е. на прямого начальника присутствующаго подчиненнаго. Подвергшійся нападенію съ перваго же момента лишенъ возможности призвать на помощь или приказать присутствующему подчиненному защитить его отъ насилія. Вблизи нѣтъ никого изъ лицъ постороннихъ. Можетъ ли подчиненный употребить силу противъ напавшаго начальника для спасенія жизни другого начальника? Полагаемъ, что каждый военнослужащій, какихъ бы онъ ни былъ воззрѣній на отношенія подчиненности, къ какой бы арміи онъ ни принадлежалъ, дастъ только положительный отвѣтъ. Болѣе того— большинство признаетъ дѣйствія подчиненнаго не только дозволенными, но даже обязательными, такъ какъ неоказаніе помощи начальнику, подвергшемуся нападенію, будетъ заключать въ себѣ всѣ признаки преступнаго попустительства. Рядовой, который, бросившись на младшаго офицера роты, для спасенія жизни своего ротнаго командира, силою оттащитъ нападающаго, вырветъ у него изъ рукъ оружіе, опрокинетъ даже преступника на землю и вообще поставитъ его въ невозможность вредить другому, не можетъ отвѣчать за насиліе надъ начальникомъ, такъ какъ онъ не насиліе совершалъ, а спасалъ жизнь своему начальнику; преступенъ не этотъ подчиненный, а тотъ, который, оставаясь зрителемъ, будетъ почтительно просить своего офицера не убивать ротнаго командира.

Кажущаяся невозможность допустить *въ принципѣ* оборону подчиненнымъ третьихъ лицъ при противозаконномъ нападеніи начальника объясняется ненормальнымъ отношеніемъ теоріи, практики и законодательствъ къ нарушеніямъ правилъ подчиненности и чинопочитанія. Приказаніе младшаго офицера убить командира роты

признается безусловно противозаконнымъ и не подлежитъ исполненію; подчиненный, исполнившій подобнаго рода приказъ, не можетъ совершенно ссылаться въ свое оправданіе на обязательность повиновенія. Если убійство ротнаго командира будетъ совершаться постороннимъ лицомъ, по подговору младшаго офицера, или даже по его приказанію однимъ изъ подчиненныхъ, то другой подчиненный будетъ въ правѣ и даже обязанъ, если имѣетъ физическую къ тому возможность, приложить всѣ свои силы для спасенія начальника, хотя бы другой начальникъ, именно—младшій офицеръ, подстрекатель, присутствующій на мѣстѣ преступленія, запрещалъ этому подчиненному всякое вмѣшательство и приказывалъ бы ему удалиться. Но достаточно этому офицеру взять въ свои руки ножъ для нанесенія другому смертнаго удара, чтобы право и обязанность подчиненнаго обратились въ ничто. Подчиненный, отказавшійся исполнить преступное приказаніе начальника и тѣмъ нарушившій *формально* обязанность повиновенія, признается не только не подлежащимъ отвѣтственности за такое неповиновеніе, но оно ставится ему даже въ обязанность. Между тѣмъ *формальное* нарушеніе правилъ чинопочитанія, совершенное для спасенія другого лица, положимъ—начальника, и для прекращенія преступленія, — вмѣняется подчиненному въ вину. Повиновеніе приказу, первая и главная обязанность подчиненнаго, обусловливается законностью требованія; обязанность же вспомогательная,—внѣшнее почтеніе къ личности и званію начальника, ставится выше закона, исполненіе ее требуется во что бы то ни стало. Идя такимъ путемъ слѣдуетъ признать преступнымъ того подчиненнаго, который для спасенія верховнаго вождя, оттолкнетъ, ударитъ или убьетъ своего начальника, покушающаго на жизнь этого вождя.

Во взятомъ нами примѣрѣ подчиненный обороняетъ начальника и этому обстоятельству можетъ быть придано рѣшающее значеніе. Но такой взглядъ будетъ совершенно ошибоченъ. Принципъ единенія возлагаетъ на всѣхъ воиновъ обязанность взаимной поддержки и помощи. Начальникъ, пренебрегшій во время сраженія возможностью спасти одного изъ своихъ подчиненныхъ

отъ непосредственно грозящей ему опасности, преступенъ не только нравственно, но и юридически, потому что своимъ бездѣйствіемъ онъ какъ бы отказывается отъ совмѣстнаго сотрудничества, отъ выполненія одного изъ дѣйствій, необходимыхъ для достиженія цѣли войска—побѣды надъ непріятелемъ. Плохъ тотъ начальникъ, который только командуетъ, но оставляетъ спокойно погибать своихъ подчиненныхъ, имѣя возможность помочь имъ или спасти ихъ. Преступенъ тотъ воинъ, который откажетъ въ помощи начальнику, или равному, или младшему. Перефразируя русскую пословицу можно сказать, что „хата“ военнослужащаго никогда не можетъ стоять „съ краю“—она всегда должна быть среди другихъ хатъ, а войско должно имѣть видъ замкнутаго круга.

По этому вопросу, мы находимъ совершенно опредѣленно установленный принципъ въ австрійскомъ законодательствѣ. Въ пунктѣ 36 § 6 Dienst-Reglement сказано слѣдующее: „Оборона и защита *знамени*, *начальника и старшаго*, помощь находящемуся въ опасности *товарищу*, въ особенности въ моментъ чрезвычайной опасности, составляетъ *обязанность*, неисполненіе которой не только влечетъ позоръ для отдѣльнаго воина, но и вредитъ доброму имени всей воинской части“ [1]). Подобное правило было и въ Уложеніи Шереметева: „всякъ начальный и солдатъ долженъ и *обязанъ* есть *товарища* своего отъ непріятеля выручать и пушечный нарядъ, знамя и прочіе знаки елико возможно оборонять такъ, какъ любы ему животъ свой и честь, подъ наказаніемъ смерти“ (ст. 42).

Защита начальника и *товарища*, какъ видимъ, признается столь же священной обязанностью, какъ и защита знамени. Иначе и быть не можетъ, потому что, если погибнутъ начальники и товарищи, то погибнетъ и знамя и войско. Если начальникъ рѣшится передать знамя непріятелю—можно ли запретить подчиненному

---

[1]) Постановленіе это не имѣетъ, однако, карательной санкціи уголовнаго закона, такъ какъ § 518 п. а. предусматриваетъ умышленное, по злобѣ, неподаніе помощи.

По этому вопросу заслуживаетъ, между прочимъ, вниманія 59 ст. XXI гл. Уложенія 1649 г.

убить такого начальника, когда нѣтъ другого способа спасти армію отъ несмываемаго позора кощунственной измѣны.

Чинопочитаніе обязываетъ подчиненнаго выражать знаки внѣшняго уваженія начальнику, *какъ представителю верховнаго вождя.* Но обязанность эта, во-первыхъ, не можетъ быть абсолютной, также какъ и обязанность повиновенія, а во-вторыхъ, не можетъ быть нарушена такими дѣйствіями подчиненнаго, которыя не выражаютъ собой отрицанія воли верховнаго вождя. Обязательность чинопочитанія относительна уже потому, что военнослужащій получаетъ права начальника только по повелѣнію вождя и только для управленія подчиненными по указаніямъ вождя и во исполненіе его воли; каждый подчиненный во всякій моментъ можетъ пріобрѣсти права начальника, вообще, и даже въ отношеніи того лица, которому онъ только что былъ подчиненъ. Затѣмъ, нарушеніе чинопочитанія преступно не объективно, а субъективно, т. е. только въ тѣхъ случаяхъ, когда подчиненный, посягая на нравственную или физическую личность начальника, проявляетъ тѣмъ самымъ пренебреженіе къ волѣ вождя. Если признавать преступнымъ *всякое* насиліе подчиненнаго надъ личностью начальника, то слѣдуетъ, по нашимъ законамъ, сослать въ каторжныя работы, а по другимъ законодательствамъ—даже разстрѣлять подчиненнаго, который, бросившись съ опасностью жизни въ воду, вытащитъ за волосы утопающаго начальника; той же отвѣтственности долженъ былъ бы подлежать унтеръ-офицеръ, который въ послѣднюю русско-турецкую войну, замѣтивъ направленныя на его ротнаго командира дула засѣвшихъ въ засадѣ турокъ, сильнымъ толчкомъ повалилъ своего начальника на землю и тѣмъ спасъ ему жизнь, принявъ направленную въ него пулю въ свою грудь. Если эти подчиненные преступны, то, конечно, преступенъ каждый подчиненный, обороняющій себя или другихъ отъ насилія начальника. Но признать его дѣятельность преступной нельзя потому, что въ его дѣйствіяхъ нѣтъ субъективной виновности, нѣтъ намѣренія нарушить волю законодателя, а, напротивъ,—его дѣятельность опредѣляется представленіемъ о правомѣрной цѣли, достиженію которой препятствуетъ преступ-

ная воля начальника. Съ точки зрѣнія военнаго права и дисциплины—оборона третьихъ лицъ допустима въ большей даже степени чѣмъ оборона себя, такъ какъ самообороняющійся руководится чувствомъ страха и эгоизма, а обороняющій другихъ, безразлично—начальниковъ, подчиненныхъ, равныхъ, — подвергаетъ свою жизнь опасности для спасенія одного изъ сподвижниковъ или подвластныхъ вождя, главы государства.

Разительный примѣръ обороны третьихъ лицъ, *не принадлежащихъ къ войску*, приводитъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ въ своемъ курсѣ военно-уголовнаго права (стр. 258). Можетъ ли подчиненный силою защищать свою жену, насилуемую начальникомъ? Да, можетъ, потому что отрицаніе права обороны въ такихъ случаяхъ равносильно отрицанію закона.

Право необходимой обороны себя и третьихъ лицъ при противозаконномъ нападеніи начальника, старшаго, равнаго или подчиненнаго должно быть предоставлено въ войскѣ каждому воину, независимо отъ его служебнаго положенія, потому что изъ числа мотивовъ дѣятельности обороняющагося не исключена воля верховнаго вождя, требующая покорности только этой волѣ, а не преступнымъ желаніямъ нападающаго.

Мы не приводили никакихъ соображеній въ пользу допустимости самообороны начальника или старшаго отъ противозаконнаго нападенія подчиненнаго или младшаго, такъ какъ въ этомъ отношеніи никакихъ сомнѣній не возникаетъ и не можетъ возникнуть.

Право подчиненнаго на необходимую оборону при противозаконномъ нападеніи начальника въ настоящее время не отрицается ни однимъ изъ числа извѣстныхъ изслѣдователей военно-уголовнаго права. За признаніе этого права высказывается профессоръ Кузьминъ-Караваевъ [1]; того же мнѣнія профессоръ Неѣловъ [2], Kleemann [3], Hecker [4], Dangelmaier [5], Brauer [6], Weisl [7], Solms [8], Wilchelm [9], Damianitsch [10]. Какъ увидимъ

---

[1]) Воен. угол. пр. ч. общ. стр. 254—257.

[2]) Курсъ, ч. общ. стр. 41; [3]) System, s. 55, § 69; [4]) Lehrbuch, s. 102—104; [5]) Die Milit. Verbrech. u. Vergehen, s. 14; [6]) Handbuch, s. 32—33; [7]) Das Heeres-Strafrecht, s. 155; [8]) Strafrecht u. Starfproz, (1892) s. 63; [9]) Commentaire, p. 81, § 1207; [10]) Studien, s. 51 u. 77.

впослѣдствіи всѣ европейскія военныя законодательства, кромѣ нашего, признаютъ это право обороны въ полномъ его объемѣ.

Вопросъ о признаніи въ принципѣ права обороны въ военномъ быту не слѣдуетъ смѣшивать съ вопросомъ о содержаніи и предѣлахъ этого права. Существующія въ войскѣ отношенія и спеціальныя обязанности военнослужащихъ вносятъ нѣкоторыя измѣненія въ содержаніе права необходимой обороны по сравненію съ началами, принятыми въ общеуголовномъ законодательствѣ и теоріи. Военно-уголовное право и военный законъ должны въ отношеніи института необходимой обороны рѣшить два основныхъ вопроса: допускаютъ ли требованія и условія военнаго быта оборону всякаго блага при противозаконномъ на него посягательствѣ начальника и, во-вторыхъ,—какіе способы и средства обороны могутъ быть дозволены въ арміи?

Полагаемъ, что при рѣшеніи перваго вопроса необходимо исходить изъ того принципа, что содержаніе и предѣлы (*но не поводы*) права обороны въ условіяхъ военнаго быта *не должны быть обширнѣе* принятыхъ въ общемъ уголовномъ законодательствѣ. Въ основаніи права необходимой обороны лежатъ два элемента —противозаконность нападенія и опасность, угрожающая нѣкоторому благу. Противозаконность, какъ было уже указано выше, понимается здѣсь исключительно въ объективномъ смыслѣ, т. е. право обороны не зависитъ отъ личности нападающаго, а также не зависитъ и отъ личности нападаемаго, въ виду, во-первыхъ равенства всѣхъ передъ закономъ, а во-вторыхъ, потому, что причина возникновенія права обороны лежитъ не въ дѣятелѣ, а въ дѣяніи, въ фактѣ законопротивнаго посягательства. Элементъ же опасности ни въ какомъ случаѣ не можетъ расширить право обороны въ военномъ быту, такъ какъ одна изъ задачъ военнаго воспитанія: исключить изъ числа мотивовъ дѣятельности воина желаніе избѣжать угрожающую личности опасность. Такимъ образомъ, ссылка военнослужащаго, будетъ ли то начальникъ или подчиненный, въ оправданіе превышенія имъ предѣловъ или средствъ обороны, на испытанное вслѣдствіе опасности чувство страха, не можетъ служить

основаніемъ для освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности. Но, съ другой стороны, различіе въ содержаніи дѣяній преступныхъ въ военномъ и гражданскомъ быту дѣлаетъ неизбѣжнымъ тотъ выводъ, что случаи возникновенія для военнослужащихъ права обороны, или точнѣе, поводы къ ней могутъ имѣть мѣсто тогда, когда, въ силу принциповъ общаго права, оборона не допустима. Такъ, напримѣръ, при оскорбленіи дѣйствіемъ, не угрожающемъ опастностью здоровью, общій уголовный законъ можетъ не допускать обороны; но необходимость этой обороны можетъ признать законъ военный, если оскорбляемый—начальникъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ посягательство имѣетъ своимъ объектомъ личность начальника, не только какъ гражданина, но и какъ представителя верховнаго вождя. Другими словами, оборона начальника получитъ значеніе дѣйствія, совершаемаго въ интересахъ права публичнаго, а не частнаго.

Право обороны возникаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣетъ мѣсто посягательство на благо, охраняемое уголовнымъ закономъ или, другими словами, когда это посягательство запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія. Отсюда возможны слѣдующіе выводы. Оборона предполагаетъ *посягательство на благо,* слѣдовательно, когда нѣтъ посягательства, а есть лишь требованіе совершить тѣ или другія дѣйствія, хотя бы имѣющія цѣлю перенесеніе правовыхъ объектовъ въ сферу обладанія другого, — оборона невозможна. Посягательству можетъ предшествовать требованіе, но для понятія посягательства это условіе не является необходимымъ. Нападеніе же есть посягательство, соединенное съ насиліемъ. Если требованіе сопровождается принужденіемъ къ дѣйствію или бездѣйствію—возможно сопротивленіе или оборона. Основаніемъ для послѣдней будетъ служить посягательство на тѣло, свободу или волю лица. Дѣйствія лица обороняющагося, т. е. отражающаго посягательство насильственное (психическое или физическое), заключаютъ въ себѣ неизбѣжно элементъ опасности и вреда для лица, посягающаго на правоохраненное благо; дѣйствія сопротивляющагося могутъ причинить вредъ лицу принуждающему лишь случайно. Всѣ виды посягательствъ на благосостояніе лица въ формѣ

нарушенія гражданскихъ обязательствъ не допускаютъ обороны, во-первыхъ, въ виду ихъ непреступности съ точки зрѣнія уголовнаго закона, а во-вторыхъ—по самому существу своему, какъ выражающіяся въ дѣйствіяхъ отрицательныхъ [1]). Но въ равной мѣрѣ невозможна оборона противъ нѣкоторыхъ дѣйствій положительныхъ и преступныхъ, если они по своему содержанію не могутъ причинить непосредственнаго вреда, или совершаются при участіи воли лица потерпѣвшаго, или, наконецъ, хотя и безъ участія этого послѣдняго и причиняя вредъ непосредственно, но всегда окончиваются ранѣе возникновенія въ сознаніи потерпѣвшаго представленія о самомъ фактѣ посягательства. Такъ, немыслима оборона противъ дѣйствій лица, совершающающаго подлогъ, или похищающаго имущество при помощи обмана, или противъ клеветника. Нѣсколько спорнымъ является вопросъ о возможности и допустимости обороны противъ словесныхъ оскорбленій. Въ юридической литературѣ высказываются мнѣнія за и противъ права обороны въ этихъ случаяхъ [2]). Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, въ виду общихъ принциповъ необходимой обороны, что неповторяющееся оскорбленіе не допускаетъ обороны уже потому, что преступное дѣйствіе всегда оканчивается мгновенно, завершается юридически и фактически въ одномъ движеніи оскорбителя. Предупрежденіе же словеснаго оскорбленія невозможно, потому что до момента произнесенія оскорбительныхъ словъ преступленіе находится въ стадіи умысла.

За исключеніемъ указанныхъ посягательствъ, при которыхъ оборона невозможна, въ виду отсутствія объ-

---

[1]) Оборона при посягательствахъ отрицательныхъ, при бездѣйствіи, логически немыслима; если посягательство слагается изъ дѣйствія и бездѣйствія (лишеніе свободы), тогда, конечно, возможна и оборона, такъ какъ нападаемый будетъ или отражать активное посягательство, или разрушать предметы, препятствующіе возстановленію правомѣрнаго состоянія, т. е. во всякомъ случаѣ будетъ противополагать силу—силѣ физической, въ обширномъ смыслѣ.

[2]) Допускаютъ оборону—Таганцевъ, Курсъ I стр. 230; Бернеръ, Учебникъ, т. I стр. стр. 530—531; Долопчевъ, «О правѣ необ. обор.» Юр. В. 1874 г. кн. 11 и 12 стр. 133—135; Полетаевъ «Необх. обор.» Ж. М. Ю. 1863 г. октябрь стр. 37 и 39; Binding, Handbuch s. 744; H. Meyer, Lehrbuch s. 277; Wessely, Die Befugnisse . . . , s. 82; отрицаютъ это право: Trébutien, Cours I, p. 140; Dalloz, Répertoire t. XIV; p. 629 § 223; Garraud, I p. 570—574, § 300; Haus. Principes p. 446—447, § 578;

екта приложенія силы обороняющагося, всѣ другія посягательства допускаютъ отраженіе ихъ, если только они направлены на блага, охраняемыя закономъ. Этотъ безусловно необходимый признакъ сообщаетъ оборонѣ значеніе дѣйствія правомѣрнаго и не подлежащаго вмѣненію. Онъ указываетъ на недопустимость обороны противъ посягательствъ дозволенныхъ или предписанныхъ закономъ, или другими словами, противъ посягательствъ на объекты, лишенные правовой охраны. Слѣдовательно, всякое дѣйствіе нападающаго, которое, по своимъ *объективнымъ* признакамъ, достаточно для понесенія имъ болѣе или менѣе строгаго уголовнаго наказанія, создаетъ право обороны. Въ виду того обстоятельства, что нѣкоторыя преступныя дѣянія не требуетъ для своего выполненія насилія со стороны субъекта дѣянія, необходимая оборона можетъ имѣть мѣсто и при отсутствіи такого насилія, что вытекаетъ изъ существа ея, какъ одного изъ способовъ защиты права или блага.

Существенно важнымъ является опредѣленіе момента возникновенія права обороны. Такъ какъ эта послѣдняя имѣетъ цѣлью не только возстановленіе, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, права нарушеннаго, но, главнымъ образомъ,—огражденіе права, которому угрожаетъ опасность нарушенія, необходимо признать оборону правомѣрной въ стадіяхъ подготовительныхъ къ преступленію. Въ виду, однако, того обстоятельства, что степень опасности и переходъ отъ приготовленія къ совершенію не поддается объективному опредѣленію, а зависитъ отъ субъективнаго настроенія нападаемаго и обстановки даннаго случая, представляется совершенно невозможнымъ установить какія либо правила, разрѣшающія данный вопросъ.

Что же касается конечнаго момента права обороны, также крайне неуловимаго, то онъ можетъ быть опредѣленъ, до нѣкоторой степени безспорно, только путемъ разграниченія во времени—посягательства и его отраженія. Если оборона совпадала во времени съ нападеніемъ или, во всякомъ случаѣ, не была отдѣлена промежутомъ времени отъ *фактическаго* прекращенія посягательства, то при этихъ условіяхъ оборона правомѣр-

на. Если же дѣйствія обороняющаго *наступили* по истеченіи нѣкотораго времени вслѣдъ за фактическимъ окончаніемъ нападенія,— оборона преступна. Такое разрѣшеніе вопроса признается въ литературѣ спорнымъ въ отношеніи преступленій имущественныхъ, когда похититель уноситъ вещь на глазахъ собственника. Предлагаемый нѣкоторыми юристами [1]) критерій спокойнаго обладанія похищеннымъ имуществомъ—допускаетъ крайне произвольное истолкованіе, сообщающее оборонѣ значеніе мести и самосуда.

Средства обороны должны быть вообще пригодны къ защитѣ права и отраженію нападенія. Критеріумомъ пригодности средствъ должна служить не только вѣроятность спасенія угрожаемаго блага при ихъ помощи, но и способность избранныхъ средствъ *препятствовать* преступной дѣятельности нападающаго. По вопросу о соотвѣтствіи средствъ и способовъ обороны, съ одной стороны,—энергіи и опасности нападенія, съ другой, теорія права отказалась отъ требованія равенства этихъ элементовъ, признавая достаточный ихъ пропорціональность, опредѣляемую съ точки зрѣнія обороняющагося.

Мы позволили себѣ уклониться нѣсколько отъ основной темы изложенія, чтобы съ большей наглядностью установить то различіе принциповъ необходимой обороны въ гражданскомъ и военномъ быту, которое обусловлено особыми задачами войсковой дѣятельности и жизни. Къ опредѣленію этого различія и его основаній мы и переходимъ теперь.

Какъ было указано уже выше, условія необходимой обороны въ военномъ быту не претерпѣваютъ никакихъ измѣненій, по сравненію съ общимъ уголовнымъ правомъ, при равенствѣ служебнаго положенія лица нападающаго и обороняющагося. Нѣтъ никакихъ основаній для измѣненія этихъ условій и при отношеніяхъ старшинства между указанными лицами. Старшинство въ чинѣ или званіи создаетъ лишь право на нѣкоторый почетъ и на внѣшніе знаки уваженія къ заслугамъ и способностямъ старшаго. Въ соотвѣтствіи съ этимъ правомъ устанавливается обязанность младшаго выражать это уваже-

---

[1]) Долопчевъ, указ. сочин. стр. 111; Полетаевъ, указ. соч. стр. 16.

ніе въ опредѣленной закономъ формѣ. Но этимъ правомъ и обязанностью исчерпываются юридическія отношенія младшаго къ старшему. Если старшій противозаконно нападаетъ на младшаго съ цѣлью причиненія ему тѣлеснаго или имущественнаго вреда, то къ этимъ дѣйствіямъ старшаго и къ его личности младшій не можетъ испытывать уваженія, такъ какъ преступленіе вызываетъ по крайней мѣрѣ негодованіе. А затѣмъ, лицо, отражающее посягательство, никогда не выражаетъ пренебреженія къ личности нападающаго, не оскорбляетъ его, а лишь препятствуетъ его преступной дѣятельности. Если нѣтъ сколько нибудь разумыхъ основаній лишать права обороны подчиненнаго при противозаконномъ нападеніи начальника, то, тѣмъ болѣе, этого права не долженъ быть лишенъ младшій въ отношеніи старшаго. Начальникъ уполномоченъ приказывать подчиненному, принуждать его къ повиновенію и наказывать т. е. имѣетъ въ извѣстныхъ случаяхъ право посягать на волю подчиненнаго, на его свободу, на его тѣло, жизнь и честь. Старшій, какъ таковой, никогда подобнымъ правомъ не пользуется и всякое съ его стороны посягательство всегда лишено законныхъ основаній. Оборонительныя дѣйствія младшаго при противозаконномъ нападеніи старшаго должны быть опредѣляемы, въ ихъ юридическомъ значеніи, по принципамъ общаго уголовнаго закона безъ всякихъ ограниченій.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы разсмотримъ лишь тѣ принципы, которые должны быть положены въ основаніе права *подчиненнаго* обороняться отъ преступныхъ посягательствъ *начальника*, а затѣмъ остановимся на частномъ вопросѣ о возможности измѣненія предѣловъ и содержанія права обороны военнослужащихъ вообще при посягательствахъ на честь. Выдѣленіе этого вопроса имѣетъ своей причиной существующее въ военномъ обществѣ мнѣніе о необходимости особыхъ гарантій неприкосновенности чести лица, служащаго въ рядахъ арміи.

Объектомъ преступнаго посягательства можетъ быть всякое благо человѣка: жизнь, здоровье, свобода, честь и имущество. Каждое изъ этихъ благъ охраняется уголовнымъ закономъ и, слѣдовательно, каждое изъ

нихъ можетъ быть объектомъ обороны при противозаконномъ посягательствѣ другого лица. Внесеніе въ законъ военно-уголовный какихъ либо въ этомъ отношеніи ограниченій равносильно отрицанію правовой охраны даннаго блага, такъ какъ угроза наказаніемъ и дѣйствительное понесеніе его преступникомъ не возстанавливаютъ утраченныхъ благъ. Запрещеніе подчиненному обороняться при посягательствахъ начальника на имущество, честь или свободу, тождественно, *по своимъ послѣдствіямъ*, разрѣшенію посягательствъ на эти объекты со стороны начальника. Необходимость личной обороны возникаетъ въ большинствѣ случаевъ тогда, когда отсутствуетъ возможность прибѣгнуть къ посторонней помощи, а слѣдовательно, отсутствуютъ и свидѣтели посягательства. Если же уголовный законъ обяжетъ подчиненнаго покоряться преступной волѣ начальника, который похищаетъ имущество этого подчиненнаго, лишаетъ его свободы или посягаетъ на его честь, то существованіе этихъ благъ обратится въ фикцію, такъ какъ отсутствіе свидѣтелей, во-первыхъ, и невозможность возстановить событія, имѣвшія мѣсто въ прошедшемъ,—во-вторыхъ, сообщатъ начальнику значеніе субъекта этихъ правъ, а подчиненнаго обратятъ въ раба преступныхъ желаній начальника. Подчиненный имѣетъ въ карманѣ деньги; начальникъ силою, но безъ причиненія вреда здоровью подчиненнаго, беретъ эти деньги; черезъ нѣкоторый промежутокъ времени подчиненный работой восполняетъ взятую сумму; начальникъ вновь отнимаетъ ее и даетъ подчиненному нѣсколько пощечинъ (опять безъ причиненія вреда здоровью), будучи недоволенъ количествомъ найденныхъ денегъ; желая обогатиться еще на счетъ подчиненнаго, начальникъ вламывается въ его домъ, забираетъ разное имущество и, во избѣжаніе преслѣдованія, осторожно связываетъ хозяина. Несчастный подчиненный обязанъ покориться всѣмъ этимъ преступнымъ посягательствамъ начальника и можетъ только жаловаться высшему начальнику, подъ опасеніемъ отвѣтственности за ложную и оскорбительную для начальника жалобу, если не сумѣетъ или не будетъ имѣть возможности доказать преступныя дѣйствія послѣдняго. Отрицаніе права обороны подчинен-

нымъ нѣкоторыхъ благъ при нападеніи начальника не только не служитъ къ пользѣ войска, не только не способствуетъ воинскому воспитанію, а разрушаетъ дисциплинарныя отношенія и губитъ армію, такъ какъ даетъ подчиненному право и основаніе видѣть въ каждомъ начальникѣ врага, которому не все *дозволено*, но который все *можетъ*. Ограниченія права обороны, при отношеніяхъ подчиненности между обороняющимся и нападающимъ, должны касаться не объектовъ этой обороны, а содержанія, или точнѣе, способовъ ея осуществленія.

Такимъ образомъ, я признаю, что объектомъ права обороны подчиненнаго при противозаконномъ нападеніи начальника можетъ быть личность подчиненнаго и его имущество, а также личность и имущество третьихъ лицъ, по соображеніямъ изложеннымъ выше.

Посягательство на *личность* подчиненнаго со стороны начальника можетъ выразиться въ принужденіи подчиненнаго къ дѣйствію и въ нападеніи на него.

Принужденіе можетъ быть противозаконно по цѣли или по своему содержанію и формѣ. Начальникъ, принуждающій подчиненнаго къ преступному дѣянію, стремится къ преступной цѣли, а слѣдовательно, это принужденіе будетъ противозаконно при всякой его формѣ. Но, съ другой стороны, принужденіе совершенно законное по своей цѣли и основаніямъ, если подчиненный не повинуется законному требованію начальника, можетъ выразиться въ дѣйствіяхъ преступныхъ по содержанію. Если законъ допускаетъ принужденіе подчиненнаго, съ причиненіемъ ему тѣлеснаго вреда, только при активномъ неповиновеніи, то нанесеніе ударовъ или пораненій подчиненному, пассивно неповинующемуся, будетъ всегда преступно. Однако эта преступность дѣйствій начальника никогда не можетъ дать подчиненному права обороняться противъ насилія начальника, *если насиліе вызвано преступной дѣятельностью подчиненнаго*. Причина насилія—неповиновеніе подчиненнаго законному приказу; единственный законный путь къ избавленію отъ этого насилія—повиновеніе. Какъ бы ни были ужасны истязанія *неповинующагося* законному приказу подчиненнаго—онъ не можетъ ссылаться въ свое

оправданіе, если совершитъ насиліе надъ начальникомъ, на право обороны противъ нападенія. Этотъ принципъ не допускаетъ никакихъ исключеній. Оборонявшійся, при указанныхъ условіяхъ, подчиненный подлежитъ отвѣтственности и наказанію по правиламъ о совокупности преступленій. Тотъ же принципъ долженъ сохранить свою силу и въ случаяхъ принужденія подчиненнаго къ исполненію противозаконнаго приказа, *если эта противозаконность зависитъ исключительно отъ превышенія начальникомъ предоставленной ему власти.* Повиновеніе такому приказу обязательно, а слѣдовательно, не только оборона противъ насилія начальника, но даже сопротивленіе ему будетъ преступно. Но если повиновеніе приказу запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія или, иными словами, если приказъ преступенъ объективно, то принужденіе начальника, будучи тоже преступно, даетъ подчиненному право сопротивленія и обороны. Право обороны возникаетъ однако только тогда, когда дѣйствія принуждающаго начальника причиняютъ подчиненному реальный вредъ или непосредственно угрожаютъ таковымъ, т. е. нарушаютъ нормальное состояніе органовъ его тѣла или, по способу дѣятельности начальника, могутъ нарушить это состояніе. До этого момента правомѣрно только сопротивленіе. Въ пользу такого разграниченія служатъ слѣдующія соображенія. Принужденіе, безъ причиненія вреда и при отсутствіи вѣроятности непосредственнаго его наступленія, создаетъ лишь возможность уголовной кары, если подчиненный покорится преступному требованію начальника. Избѣжать уголовной отвѣтственности подчиненный можетъ, воздержавшись отъ исполненія приказаннаго начальникомъ дѣйствія. Въ моментъ же принужденія никакой опасности для подчиненнаго не существуетъ и положеніе его тождественно положенію всякаго другого лица, которому угрожаютъ будущимъ вредомъ, если онъ не покорится требованію угрожающаго. Угроза убить меня черезъ недѣлю, если я въ этотъ срокъ не совершу требуемаго подлога, не даетъ мнѣ права обороны. Право это возникаетъ тогда, когда опасность существуетъ въ данный, настоящій моментъ. Слѣдовательно, если по истеченіи недѣльнаго срока ли-

цо, угрожавшее мнѣ лишеніемъ жизни, нападаетъ на меня съ оружіемъ въ рукахъ, оборона отъ этого нападенія должна быть признана правомѣрной. Начальникъ приказываетъ мнѣ столкнуть стоящаго на лѣстницѣ человѣка; я отказываюсь исполнить это приказаніе; начальникъ толкаетъ меня, съ цѣлью этимъ путемъ достигнуть паденія третьяго лица; я могу и долженъ сопротивляться этому принужденію, но не пріобрѣтаю права обороны, если дѣйствія начальника не угрожаютъ мнѣ непосредственной опасностью. Такъ, угроза со стороны начальника оружіемъ или вѣроятность, при собственномъ паденіи съ лѣстницы, получить болѣе или менѣе серьезныя тѣлесныя поврежденія, даютъ мнѣ, какъ подчиненному, право обороны. Но для возникновенія этого права, какъ было уже указано, необходимо, чтобы приказъ и принужденіе къ повиновенію были преступны, въ смыслѣ преступности цѣли или средствъ къ ея достиженію.

Требованіе начальника можетъ быть не только правомѣрнымъ или противозаконнымъ, но можетъ быть и *незаконнымъ*. Если законъ обязываетъ, напримѣръ, подчиненнаго повиноваться только приказу по дѣламъ службы, то требованіе по частному дѣлу для подчиненнаго необязательно. Принужденіе къ повиновенію, въ этомъ случаѣ, преступно, а сопротивленіе правомѣрно. Но если это *принужденіе* не заключаетъ въ себѣ элемента непосредственнаго вреда, то оборона противъ дѣйствій начальника не можетъ быть допускаема, такъ какъ нѣтъ опасности для какого либо блага или права. Это начало должно быть принято и въ тѣхъ случаяхъ, когда *преступная цѣль* требованія начальника заключается въ перенесеніи объектовъ права подчиненнаго въ сферу обладанія начальника. Такое требованіе не выражаетъ собой посягательства на эти объекты, а доказываетъ лишь желаніе начальника обогатиться на счетъ подчиненнаго. Если, однако, это требованіе подкрѣпляется насиліемъ, то подчиненный пріобрѣтаетъ право какъ сопротивленія, такъ и обороны, потому что насиліе есть уже нападеніе на личность подчиненнаго или на объекты его правъ.

Изъ предыдущаго изложенія не трудно замѣтить, что право обороны, при посягательствахъ со стороны начальника, возникаетъ для подчиненнаго въ тѣхъ слу-

чаяхъ, когда дѣйствія начальника угрожаютъ вредомъ какому либо благу подчиненнаго, иначе сказать, когда въ дѣйствіяхъ начальника заключается опасность для существованія блага. Это условіе — опасности, вытекающей изъ дѣйствій начальника, заимствовано изъ права общаго, которое также допускаетъ оборону только противъ дѣйствій вредныхъ или создающихъ вѣроятность наступленія вреда въ данный моментъ. Полная примѣнимость этого принципа въ военномъ быту вытекаетъ съ неизбѣжностью изъ факта признанія оборонительныхъ дѣйствій подчиненнаго дозволенными. Если вредъ уже причиненъ начальникомъ подчиненному — оборона невозможна и всякое насильственное дѣйствіе подчиненнаго получитъ значеніе мести, т. е. будетъ преступно. Если дозволить оборону только тогда, когда причинена нѣкоторая доля вреда, то оборона утратитъ совершенно свое значеніе, такъ какъ подчиненный, во-первыхъ, лишенъ возможности предвидѣть размѣръ вреда, а во-вторыхъ, вредъ, совершенно невознаградимый, можетъ быть по существу своему недѣлимъ и можетъ наступить при одномъ движеніи нападающаго начальника. Слѣдовательно, внесеніе въ этомъ отношеніи какихъ либо ограниченій въ право военное по сравненію съ правомъ общимъ—невозможно. Но, какъ мы видѣли, возможны такого рода противозаконныя посягательства начальника, которыя, не заключая въ себѣ элементовъ вреда или опасности, вызываютъ необходимость противодѣйствія, такъ какъ имѣютъ цѣлью достиженіе невыгодныхъ и вредныхъ результатовъ дѣйствіями самого подчиненнаго. Такія положенія возникаютъ въ случаяхъ противозаконнаго принужденія подчиненнаго къ повиновенію. За отсутствіемъ элемента опасности подчиненный не можетъ прибѣгнуть къ дѣйствіямъ оборонительнымъ. Но, въ виду существованія права подчиненнаго, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже обязанности, не повиноваться требованіямъ начальника, противодѣйствіе преступной волѣ послѣдняго въ формѣ сопротивленія должно быть признано правомѣрнымъ и не подлежащимъ вмѣненію въ вину подчиненному. Вмѣстѣ съ тѣмъ противодѣйствіе, лишенное элемента насилія надъ личностью начальника, всегда можетъ предшествовать оборонѣ, какъ высшей формѣ борьбы съ преступными посягательствами.

Оборона всегда предполагаетъ возможность правомѣрнаго сопротивленія, но обратное отношеніе существуетъ только при принужденіи, непосредственно угрожающемъ опасностью благу принуждаемаго.

Оборона есть только право, повиновеніе же начальнику и почтеніе къ нему есть обязанность военнослужащаго. А потому военно-уголовный законъ можетъ установить тотъ принципъ, что при столкновеніи этой обязанности съ правомъ обороны блага, которому угрожаетъ противозаконное посягательство начальника, подчиненный долженъ идти отъ сопротивленія къ отраженію, т. е. можетъ причинить вредъ нападающему только тогда, когда противодѣйствіе силою преступнымъ поползновеніямъ начальника, по обстановкѣ даннаго случая, не можетъ достигнуть цѣли спасенія блага.

Сопротивленіе возможно не только въ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо принуждаетъ другое къ дѣйствію, но въ равной мѣрѣ и тогда, когда какой либо предметъ перемѣщается противъ воли его собственника или держателя. При похищеніи воромъ или грабителемъ моего имущества я могу не только напасть на преступника, съ цѣлью принудить его, путемъ насилія, прекратить похищеніе или возвратить взятое имущество, но также, нерѣдко съ тѣмъ же результатомъ, могу препятствовать захвату имущества или отнимать уже взятое. Въ первомъ случаѣ собственникъ неизбѣжно причинитъ большій или меньшій вредъ личности похитителя; во второмъ—этотъ вредъ будетъ совершенно отсутствовать. Это соображеніе, какъ увидимъ далѣе, получаетъ въ военномъ правѣ существенное значеніе.

При посягательствахъ начальника на личность подчиненнаго, этотъ послѣдній можетъ избрать или защиту блага или отраженіе нападенія. Защита есть дѣятельность по существу своему пассивная; она выражается въ созданіи преградъ между защищаемымъ объектомъ и угрожающею силою, а потому при этой формѣ дѣятельности лица, подвергшагося нападенію, оно никогда не посягаетъ на права и блага нападающаго и не нарушаетъ его правъ, а только лишаетъ его возможности войти въ соприкосновеніе съ объектомъ посягательства. Въ главѣ III были уже изложены соображенія, до-

казывающія, что *защитительная* дѣятельность нападаемаго, какъ не заключающая въ себѣ признаковъ посягательства на право и благо нападающаго, не имѣетъ никакого значенія въ уголовномъ правѣ. Она совершенно юридически безразлична, какъ въ условіяхъ гражданскаго быта, такъ равно и военнаго. Ни одно военное законодательство не признаетъ и не можетъ признать преступнымъ дѣйствіе подчиненнаго, который, желая оградить себя отъ удара начальника, подставитъ руку, палку или оружіе. Преступный элементъ будетъ также совершенно отсутствовать въ дѣйствіи подчиненнаго, который захлопнетъ дверь передъ начальникомъ, преслѣдующимъ его съ ножомъ въ рукѣ. Въ этихъ случаяхъ нельзя говорить, съ точки зрѣнія уголовнаго права, объ оборонѣ себя подчиненнымъ или о невмѣненіи ему въ вину совершенныхъ дѣйствій, такъ какъ они по своему содержанію не запрещены закономъ. Законъ запрещаетъ наносить другому побои или причинять пораненія, но не обязываетъ устранять тѣ препятствія, съ которыми устремившійся на жертву преступникъ можетъ столкнуться. Между тѣмъ, полагаю, нѣтъ юридическаго различія между дѣйствіями подчиненнаго, который, предвидя нападеніе начальника, закроетъ дверь наканунѣ или за полчаса до нападенія, или за нѣсколько секундъ. Въ той же степени безразлично—подставитъ ли подчиненный при нанесеніи ему удара свою руку или какой либо иной предметъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ подчиненный, защищаясь отъ нападенія, остается въ предѣлахъ своего субъективнаго права. Дѣйствія его пріобрѣтаютъ форму отраженія нападенія только тогда, когда они выражаются въ насиліи надъ личностью нападающаго. Такимъ образомъ, при ограниченіи права обороны подчиненнаго мѣрами защитительными онъ будетъ преступенъ, если вырветъ оружіе изъ рукъ начальника, или схватитъ его за руки и постарается ихъ удержать, такъ какъ въ этихъ дѣйствіяхъ выражается неизбѣжно посягательство и притомъ насильственное на тѣло начальника. Въ первомъ случаѣ подчиненный не защищается, а *отнимаетъ* у начальника оружіе, во второмъ—*посягаетъ* на свободу его движеній, при чемъ совершенно безразлично: свяжетъ ли онъ начальнику

руки или будетъ держать ихъ своими. При дозволенiи закономъ только защиты — подчиненный всегда будетъ преступенъ. Доказательствомъ же совершенной невозможности такого ограниченiя и его юридической безсодержательности могутъ служить слѣдующiе простые примѣры. Начальникъ нападаетъ на подчиненнаго въ полѣ, гдѣ нѣтъ никакихъ закрытiй, и на разстоянiи 30—40 шаговъ наводитъ на него ружье, открыто заявивъ о своемъ желанiи лишить подчиненнаго жизни. Подчиненный, имѣющiй право только защищаться, долженъ покориться своей участи и можетъ лишь почтительно просить начальника—скорѣе выполнить задуманное, такъ какъ ожиданiе смерти слишкомъ мучительно. Въ равной степени подчиненный не имѣетъ права оттолкнуть начальника, который старается его сбросить съ берега въ рѣку, а можетъ лишь упираться или держаться за платье того же начальника (послѣднее даже сомнительно, такъ какъ имѣетъ уже характеръ посягательства на личность начальника). Если допустить, наконецъ, при дозволенiи закономъ только защитительныхъ дѣйствiй, что подчиненный, не имѣющiй пути отступленiя, можетъ при приближенiи нападающаго начальника отмахиваться какимъ либо орудiемъ или оружiемъ, въ надеждѣ остановить наступленiе начальника, то съ другой стороны, необходимо будетъ признать, что право на этотъ способъ защиты прекращается съ момента приближенiя начальника на разстоянiе меньшее чѣмъ длина оружiя. Другими словами, право защиты прекращается, когда опасность возрастаетъ.

Постановленiе уголовнаго закона о дозволенности *защиты* при преступномъ нападенiи также излишне, какъ перечисленiе дѣйствiй дозволенныхъ, и равносильно совершенному отрицанiю права обороны.

Задачи воинскаго воспитанiя и отношенiя подчиненности не вызываютъ необходимости передачи начальнику права или возможности распоряжаться жизнью, здоровьемъ, свободой, честью и имуществомъ подчиненнаго. Они возлагаютъ лишь на подчиненнаго нѣкоторыя обязанности. Въ отношенiи нападающаго начальника обязанность подчиненнаго сводится къ слѣдующей формулѣ: при оборонѣ блага, которому угрожаетъ опас-

ность, дѣлай только то, что служитъ для спасенія этого блага. Если по обстановкѣ даннаго случая *видишь*, что достаточно уклониться отъ нападенія—обязанъ избрать именно этотъ способъ дѣйствій; если необходимо поставить препятствіе — обязанъ ограничиться этой мѣрой; если сознаешь, что спасеніе возможно *только* при отраженіи нападенія, т. е. при такихъ дѣйствіяхъ, которыя *могутъ* причинить тѣлесный вредъ или смерть начальнику—имѣешь право совершить эти дѣйствія, *но помни:* во-первыхъ, что ты можешь только *отражать* нападеніе, но не переходить въ наступленіе, не нападать [1]); во-вторыхъ, что вредъ начальнику можетъ быть лишь *слѣдствіемъ*, болѣе или менѣе вѣроятнымъ, твоихъ оборонительныхъ дѣйствій, но не цѣлью ихъ; въ третьихъ, что за всякій лишній вредъ—будешь отвѣчать. Этотъ излишекъ будетъ опредѣляться не столько путемъ сравненія возможнаго вреда отъ нападенія съ вредомъ, причиненнымъ начальнику, а въ большей степени—путемъ рѣшенія вопроса о томъ minimum'ѣ вреда, который былъ въ данномъ случаѣ достаточенъ для спасенія блага отъ угрожавшей ему опасности. Къ военнослужащему не предъявляется требованіе равенства между средствами обороны и энергіею и опасностью нападенія; отъ него требуется выборъ такихъ средствъ и такое ими пользованіе, чтобы избавленіе отъ опасности при средствахъ менѣе вредныхъ и при иномъ ихъ употребленіи было невозможно. Вредъ, дѣйствительно причиненный началь-

[1]) Профессоръ Кузьминъ-Караваевъ признаетъ отраженіемъ и тѣ случаи, когда обороняющійся перешелъ въ наступленіе (см. стр. 259 Воен. угол. пр. ч. общ.). Такое истолкованіе понятія „отраженія", полагаю, не совсѣмъ точно. Въ дѣйствіяхъ наступательныхъ можетъ заключаться элементъ „отраженія", но это послѣднее рѣзко отличается отъ наступленія. Осажденные въ крѣпости могутъ избрать оборонительный, въ тѣсномъ смыслѣ, способъ дѣйствій и ограничиться созданіемъ препятствій наступленію непріятеля. Но они могутъ, кромѣ того, отражать силою непріятельскія атаки и, наконецъ, могутъ перейти въ наступленіе, т. е. нападать на непріятеля. Также разграничиваются дѣйствія лица, подвергшагося противозаконному нападенію. Онъ можетъ защищаться (напримѣръ при боѣ на шпагахъ или шашкахъ нападаемый можетъ поставить свое оружіе такъ, что оружіе противника минуетъ тѣло защищающагося), затѣмъ можетъ отражать удары (парировать), не нападая, или, наконецъ—напасть на противника.

Сравн. Таганцевъ, Курсъ I, стр, 234, гдѣ авторъ проводитъ различіе между отраженіемъ и нападеніемъ и говоритъ: „оборона (въ гражданскомъ быту) вовсе не ограничивается однимъ только отраженіемъ, она можетъ заключаться и въ нападеніи."

нику, можетъ быть больше вреда, угрожавшаго подчиненному, но не должно существовать менѣе вреднаго способа избавиться отъ опасности.

Такого рода ограниченія въ выборѣ средствъ обороны, въ практическомъ ихъ примѣненіи, обяжутъ подчиненнаго соразмѣрять вредъ, причиняемый начальнику, съ тѣмъ вредомъ, который проистекаетъ изъ факта нападенія. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, соблюденіе только этой соразмѣрности должно быть признано недостаточнымъ для невмѣненія подчиненному въ вину насильственныхъ въ отношеніи начальника дѣйствій. При требованіи одной соразмѣрности вреда (теорія общаго права въ лицѣ многихъ ея представителей уже отказалась отъ этого требованія), угрожавшаго оборонявшемуся, и вреда, причиненнаго нападавшему, нанесеніе послѣднему ранъ, когда нападеніе угрожало смертью, должно быть признано непреступнымъ. Но при отраженіи нападенія начальника, также покушавшагося убить подчиненнаго, пораненіе послѣднимъ начальника должно быть вмѣнено подчиненному въ вину, *если существовали средства менѣе вредныя* и подчиненный зналъ объ ихъ существованіи, но не воспользовался ими умышленно или вслѣдствіе страха. Теорія общаго уголовнаго права признаетъ невозможнымъ возлагать на обороняющагося обязанность оцѣнки угрожающаго вреда и необходимыхъ къ отраженію его средствъ, такъ какъ въ минуту опасности притупляется способность анализа и выбора. Этотъ взглядъ, справедливый въ гражданскомъ быту, совершенно не допустимъ въ арміи и въ военномъ законѣ. Основное свойство воина, безусловно необходимое для выполненія имъ своего назначенія, — отсутствіе страха смерти. Солдатъ, бросающійся на штыки непріятеля, не можетъ, не долженъ думать о томъ, что эти штыки могутъ лишить его жизни. Въ сознаніи солдата должно непрерывно существовать убѣжденіе о *необходимости* побѣдить непріятеля. Цѣна этой побѣды должна быть для него, съ его субъективной точки зрѣнія, безразлична. Въ интересахъ государства и войска солдатъ долженъ прежде всего избрать путь наиболѣе вредный для непріятеля, а затѣмъ уже, идя по этому именно пути, можетъ пользоваться прикрытіями, пони-

мая это слово не въ буквальномъ смыслѣ, а лишь какъ указаніе на ненужность жертвъ безполезныхъ. Такимъ образомъ, назначеніе солдата обязываетъ его спокойно смотрѣть въ лицо смерти и при этомъ разсуждать, быть хитрымъ и находчивымъ. Способность выполнить эту обязанность развивается, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ создается, воинскимъ воспитаніемъ, дисциплиной. При оборонѣ отъ противозаконнаго нападенія начальника, подчиненный во имя той же дисциплины, сознавая, что смерть ему угрожаетъ не отъ непріятеля, а отъ начальника, хотя бы преступнаго, обязанъ въ полной мѣрѣ примѣнить способность строгаго анализа для отысканія способа дѣйствій противоположнаго тому, который необходимъ при отраженіи нападенія непріятеля. На войнѣ чѣмъ *больше* вреда нападающему врагу — тѣмъ лучше; при оборонѣ—тѣмъ лучше, чѣмъ *меньше* вреда нападающему начальнику.

Не всякое проявленіе трусости или чувства страха во время сраженія навлекаетъ кару уголовнаго закона. Солдатъ, который будетъ дрожать и блѣднѣть подъ пулями или впадать въ обморочное состояніе при сигналѣ «въ атаку», не подлежитъ уголовной отвѣтственности, такъ какъ онъ не нарушилъ запрета или велѣнія вождя. Отвѣтственность возникаетъ, когда трусъ побѣжитъ отъ врага или перейдетъ на его сторону. Слѣдовательно, законъ уголовный караетъ не чувство, а *дѣяніе, вызванное этимъ чувствомъ*, но караетъ во всякомъ случаѣ, хотя бы это чувство страха возрасло до ужаса, помрачающаго разсудокъ. Законодатель пренебрегаетъ возможностью возникновенія страха, такъ какъ онъ несовмѣстимъ съ обязанностью воина. Обороняющійся не обязывается не испытывать страха при нападеніи начальника, но законъ военный не можетъ придавать этому чувству того юридическаго значенія, какое онъ получаетъ въ условіяхъ гражданской жизни.

Въ виду предъявленія къ подчиненному требованія о причиненіи наименьшаго вреда нападающему начальнику можетъ возникнуть вопросъ: обязанъ ли подчиненный спасаться бѣгствомъ при нападеніи начальника? Существующій по этому вопросу взглядъ въ общей юридической литературѣ былъ уже указанъ выше въ главѣ III.

Военные юристы—Weisl, Kleeman, Braüer [1]) не допускаютъ обязательности для подчиненнаго бѣгства. Въ пользу этого мнѣнія служатъ соображенія юридическія, практическія и военно-педагогическія. Бѣгство не есть оборона права и даже не защита его, потому что убѣгающій всегда можетъ быть настигнутъ и, не наблюдая за дѣйствіями нападающаго, не знаетъ о размѣрѣ угрожающей опасности. Съ юридической точки зрѣнія бѣгство есть дѣяніе безразличное и, при обязательности его, равносильно отрицанію права обороны. Въ практическомъ отношеніи бѣгство въ большинствѣ случаевъ увеличитъ опасность нападенія, а не уменьшитъ ее. Съ точки зрѣнія военно-педагогической обязанность бѣжать отъ опасности можетъ только развратить солдата. Онъ долженъ бѣжать всегда впередъ, къ врагу, но никогда отъ него. Въ равной мѣрѣ не допустимо бѣгство отъ начальника.

Установленные предѣлы обороны и средства ея требуютъ, однако, нѣкоторыхъ ограниченій при посягательствахъ на имущество, не соединенныхъ съ насиліемъ надъ личностью подчиненнаго, собственника. Въ теоріи общаго права отказались уже отъ раздѣленія вреда на вознаградимый и невознаградимый. Соображенія, въ виду которыхъ это раздѣленіе отвергнуто, утрачиваютъ въ значительной степени свою силу въ условіяхъ военнаго быта. Утрата военнослужащимъ имущества никогда не можетъ угрожать жизни или здоровью собственника, такъ какъ первыя потребности каждаго военнослужащаго удовлетворяются попеченіемъ государства. Затѣмъ, личность начальника всегда извѣстна подчиненному, а слѣдовательно, въ значительномъ большинствѣ случаевъ, существуетъ возможность возмѣщенія ущерба, тѣмъ болѣе, если государство, ограничивая право обороны подчиненнаго, приметъ на себя обязанность имущественной отвѣтственности за послѣдствія преступной дѣятельности начальника.

Имѣя это въ виду, а также принимая во вниманіе указанное выше соотношеніе *права* обороны и *обязанности* почтительнаго отношенія къ личности начальника,

---

[1]) Указанныя сочиненія—стр. 55; § 70; стр. 34.

можно, не отрицая права обороны подчиненнаго, обязать его: при посягательствахъ начальника на имущество безъ насилія надъ личностью и безъ угрозы такимъ насиліемъ, ограничиваться *сопротивленіемъ* преступному захвату, безъ причиненія тѣлеснаго вреда начальнику. Иными словами, высшей формой противодѣйствія преступному посягательству начальника въ этихъ случаяхъ можетъ быть лишеніе его свободы до прибытія власти.

Всякое отступленіе обороняющагося подчиненнаго отъ указанныхъ правилъ обороны должно разсматриваться не какъ нарушеніе чинопочитанія, а лишь какъ превышеніе предѣловъ обороны, при чемъ наказуемость должна быть специальной и, безусловно, значительно пониженной по сравненію съ наказуемостью прямого посягательства на личность начальника.

Можно разсматривать какъ превышеніе обороны не только употребленіе несоотвѣтственно вредныхъ средствъ при отраженіи нападенія, но и преждевременность обороны. Если, по изслѣдованіи обстановки даннаго случая, установлено, что оборонительныя дѣйствія подчиненнаго наступили до возникновенія опасности въ данный моментъ, а при одной лишь ея вѣроятности, или, иначе сказать, если дѣйствія подчиненнаго выразились не въ отраженіи нападенія, а въ предупрежденіи его, т. е. въ нападеніи, то подобное проявленіе страха должно повлечь за собой отвѣтственность, приближающуюся по своимъ размѣрамъ къ той, которая опредѣлена закономъ за умышленное посягательство на личность начальника.

Насиліе же подчиненнаго, совершенное послѣ отвращенія опасности или послѣ прекращенія преступной дѣятельности начальника и доказывающее желаніе отомстить послѣднему, должно квалифицироваться военнымъ закономъ не какъ превышеніе обороны, за отсутствіемъ необходимыхъ для ея состава дѣйствій нападающаго въ моментъ причиненія ему вреда обороняющимся, а по общимъ правиламъ о нарушеніи чинопочитанія; предшествовавшая преступная дѣятельность начальника можетъ разсматриваться лишь какъ обстоятельство особо уменьшающее вину подчиненнаго.

Что касается обороны мнимой, т. е. отраженія нападенія не преступнаго или въ дѣйствительности не существовавшаго, то мы полагаемъ, что этотъ вопросъ въ военномъ быту не можетъ возникнуть. Начальникъ никогда не можетъ *законно нападать* на подчиненнаго; начальникъ не имѣетъ права *нападенія*, а лишь право *принужденія*. Принужденіе же предполагаетъ предшествующее требованіе, т. е. приказъ, который, будучи законенъ, лишаетъ подчиненнаго права на всякій видъ противодѣйствія; если же онъ объективно преступенъ, то создаетъ право сопротивленія и затѣмъ обороны. Слѣдовательно, заблужденіе подчиненнаго можетъ касаться только вопроса о законности приказа. Подчиненный, не исполнившій приказа вслѣдствіе ошибочнаго предположенія о его преступности, подлежитъ, какъ было указано выше, спеціальной отвѣтственности; тѣмъ болѣе онъ не можетъ надѣяться на невмѣненіе ему въ вину сопротивленія начальнику, требованіе котораго лишь предполагалось противозаконнымъ, хотя бы съ полной увѣренностью въ правильности этого предположенія. Въ этихъ случаяхъ подчиненный подлежитъ отвѣтственности за тотъ противозаконный образъ дѣйствій, который онъ позволилъ себѣ по отношенію къ принуждающему начальнику, но всегда какъ за нарушеніе подчиненности, а не чинопочитанія. Въ виду невозможности *законнаго нападенія*, всякое *субъективно* (съ точки зрѣнія начальника) законное нападеніе, т. е. *принужденіе, не предваренное требованіемъ*, создаетъ право обороны, такъ какъ подчиненный не можетъ угадывать желаній начальника. Принятіе иного принципа исключило бы во всѣхъ случаяхъ право обороны, такъ какъ напавшій начальникъ могъ бы всегда ссылаться на право принужденія къ повиновенію. Для возникновенія же этого права всегда необходимо предъявленіе требованія и притомъ не противозаконнаго.

Такимъ образомъ, принципы, которые должны быть положены въ основаніе права обороны въ военномъ быту, сводятся къ слѣдующимъ. Военно-уголовный законъ, по вопросу о необходимой оборонѣ, долженъ установить изъятія лишь для случаевъ нападенія *начальника* на *подчиненнаго*. Ограниченія права необходимой

обороны должны выражаться въ опредѣленіи средствъ ея по принципу причиненія наименьшаго вреда начальнику при всѣхъ видахъ посягательствъ, за исключеніемъ посягательствъ имущественныхъ, не соединенныхъ съ насиліемъ надъ личностью подчиненнаго, когда причиненіе всякаго тѣлеснаго вреда начальнику должно разсматриваться какъ наказуемое превышеніе предѣловъ обороны. Подчиненный долженъ понести наказаніе за превышеніе обороны также во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда цѣль обороны, спасеніе блага, могла быть достигнута средствами менѣе вредными. Оборона третьихъ лицъ должна допускаться въ тѣхъ же предѣлахъ какъ и оборона личная. Оборона высшаго начальника при противозаконномъ нападеніи низшаго начальника — разсматривается какъ обязанность присутствующаго при нападеніи подчиненнаго и неподаніе помощи начальнику, находящемуся въ опасности, вмѣняется подчиненному въ вину, какъ попустительство къ преступленію. Наказуемость превышенія обороны должна быть опредѣлена въ законѣ особо.

Не подлежитъ сомнѣнію, что невмѣненіе подчиненному въ вину данныхъ оборонительныхъ дѣйствій есть вопросъ факта въ той же степени, какъ и въ гражданскомъ быту. Гражданинъ, которому законъ предоставляетъ обширное право обороны, не объявляется заранѣе безотвѣтственнымъ; вопросъ о наличности законныхъ условій обороны изслѣдуется судебными учрежденіями (не достигая иногда суда) и данныя обстоятельства оцѣниваются съ точки зрѣнія закона, т. е. опредѣляется правомѣрность каждаго отдѣльнаго факта и дѣянія; это послѣднее въ одномъ случаѣ можетъ быть признано не подлежащимъ вмѣненію въ вину, а въ другомъ—можетъ повлечь за собой наказаніе. Но безусловно невозможно придавать выраженію „вопросъ факта“ того значенія, которое даютъ ему, напримѣръ, Brauer [1]) и Weisl [2]), признающіе необходимымъ разрѣшеніе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса о соотношеніи права обороны и обязанности субординаціи. Если ссылка подчиненнаго на

---

[1]) Handbuch, s. 33.
[2]) Das Heeres-Strafr. s. 155.

состоянiе обороны окажется ложной—онъ отвѣтитъ за преступное посягательство на личность начальника; здѣсь не будетъ возможности говорить о столкновенiи права обороны съ воинской обязанностью, такъ какъ первое, т. е. право обороны, будетъ признано не возникавшимъ. Если же подчиненный превысилъ предѣлы обороны, то онъ долженъ отвѣчать только за это превышенiе.

Въ основанiе отвѣта на вопросъ о виновности или невиновности оборонявшагося подчиненнаго долженъ быть положенъ общiй, для всѣхъ видовъ преступленiя, принципъ субъективный, но съ нѣкоторыми ограниченiями. Если подчиненный, совершившiй насилiе надъ личностью начальника, ссылается на необходимость обороны, то судъ рѣшаетъ послѣдовательно слѣдующiе вопросы: подвергался ли подчиненный такому нападенiю со стороны начальника, которое угрожало опасностью жизни, здоровью, свободѣ, имуществу или чести; какiя дѣйствiя совершилъ подчиненный для отраженiя нападенiя; имѣлъ ли подчиненный фактическую возможность прибѣгнуть для отраженiя нападенiя къ средствамъ менѣе вреднымъ или опаснымъ; если эта возможность существовала — почему подчиненный избралъ средство болѣе вредное; если—умышленно или *вслѣдствiе страха*, то подлежитъ отвѣтственности за превышенiе обороны; если же потому, что не зналъ въ моментъ обороны о существованiи менѣе вредныхъ средствъ,—содѣянное не подлежитъ вмѣненiю подчиненному въ вину. При этомъ судъ рѣшаетъ вопросъ не о томъ: *могъ* ли подчиненный знать о средствахъ менѣе вредныхъ, а лишь о дѣйствительной освѣдомленности въ этомъ отношенiи подчиненнаго.

Подлежитъ большому сомнѣнiю допустимость въ военномъ быту обороны противъ нападенiя лица, находящагося въ состоянiи крайней необходимости. Достаточность для возникновенiя права обороны объективной противозаконности нападенiя служитъ, въ общемъ уголовномъ правѣ, основанiемъ для признанiя, въ этихъ случаяхъ, обороны дѣйствiемъ правомѣрнымъ. Но, полагаемъ, этотъ принципъ не можетъ быть принятъ въ войскѣ, такъ какъ оборона противъ спасающагося товарища, старшаго или начальника равносильна отрица-

нію единенія и вытекающей изъ него обязанности взаимной поддержки. Погибаетъ твой товарищъ, ты обязанъ, если можешь, помочь ему, но не имѣешь права увеличивать угрожающую ему опасность своими оборонительными дѣйствіями. Твоя обязанность, нравственная въ отношеніи товарища и юридическая въ отношеніи начальника, подать ему руку помощи, а не отталкивать его отъ себя.

Намъ остается еще разсмотрѣть вопросъ о правѣ обороны военнослужащими личной чести при преступныхъ на нее посягательствахъ. Причина выдѣленія этого вопроса была указана выше. Хотя оборона чести не находится, въ значительномъ большинствѣ случаевъ, въ связи съ нарушеніями дисциплинарныхъ отношеній, а потому, повидимому, не должна была бы вызывать въ военномъ быту никакихъ недоразумѣній и сомнѣній, однако, въ дѣйствительности, полемика по этому вопросу возникаетъ при каждомъ отдѣльномъ случаѣ, полемика страстная, доходящая въ своихъ выводахъ до требованій отнять у военныхъ оружіе, какъ у дѣтей отбираютъ опасную игрушку, и запретить ношеніе внѣ службы форменной одежды, какъ будто дѣятельность лица можетъ зависѣть отъ его внѣшней оболочки. Полемика не входитъ въ задачу настоящей работы, а страстность совершенно въ ней неумѣстна. Поэтому въ дальнѣйшемъ изложеніи будутъ приведены по данному вопросу лишь юридическія соображенія въ связи съ установившимися воззрѣніями на условія воинской жизни.

Оборона есть проявленіе общаго права, а не пользованіе личной привилегіей; какъ неразрывно связанная съ правомъ, оборона дозволена всѣмъ, кто обладаетъ благомъ, подлежащимъ охранѣ отъ посягательства. Если честь есть благо, то право обороны чести должно принадлежать каждому человѣку, такъ какъ совершенное отсутствіе этого нравственнаго качества или отсутствіе способности чувствовать посягательство на это невещественное благо не можетъ быть доказано. Съ точки зрѣнія гражданъ честь одного можетъ быть, такъ сказать, больше чести другого, который своими поступками доказалъ меньшій запасъ этическихъ принциповъ. Но право обороны, напримѣръ, имущества или здоровья совершенно

не зависитъ отъ степени богатства обороняющагося или отъ болѣзненнаго его состоянія. Каждый имѣетъ право оборонять всякое благо унаслѣдованное отъ предковъ или благопріобрѣтенное, совершенно независимо отъ его относительной величины. Слѣдовательно, если въ принципѣ признать допустимой оборону личной чести, то необходимо присвоить это право *всѣмъ безъ исключенія гражданамъ даннаго государства*, совершенно независимо отъ ихъ общественнаго, сословнаго и служебнаго положенія. Высказываемое противниками такого рѣшенія вопроса соображеніе о томъ, что чувство чести, болѣе развитое у высшихъ класовъ общества, требуетъ большей охраны, это соображеніе не выдерживаетъ критики.

Организмъ человѣка, воспитаннаго въ суровыхъ жизненныхъ условіяхъ, при постоянномъ здоровомъ трудѣ, можетъ быть несравненно менѣе воспріимчивъ ко всякого рода насиліямъ, можетъ быть приспособленъ къ перенесенію ихъ при меньшемъ напряженіи жизненной энергіи; послѣдствія насилія, въ виду естественнаго противодѣйствія этой энергіи, могутъ быть до извѣстной степени ничтожными по сравненію съ тѣми, которыя при равномъ насиліи возникнутъ въ организмѣ изнѣженномъ,—но изъ этого нельзя еще заключить, что физическая личность перваго можетъ быть охраняема закономъ менѣе личности второго. Организмъ здороваго земледѣльца перенесетъ совершенно безъ всякихъ вредныхъ послѣдствій такія пораненія, которыя будутъ смертельны для анэмичнаго, избалованнаго роскошью городскаго жителя. Слѣдуетъ ли однако отсюда, что право обороны физической личности перваго должно быть меньшимъ по сравненію съ такимъ же правомъ второго? Объемъ субъективнаго права не можетъ находиться въ зависимости отъ индивидуальной *способности* субъекта перенести безъ особо вредныхъ послѣдствій посягательство на объекты его права. Простолюдинъ можетъ не испытывать чувства страданія при такомъ оскорбленіи чести, которое аристократъ признаетъ тягчайшимъ и требующимъ отмщенія. Послѣдній только докажетъ этимъ, что честь его, какъ больной органъ человѣческаго тѣла, страдаетъ при всякомъ къ нему прикосновеніи. Аристократу больно, онъ можетъ оборо-

няться отъ лица причиняющаго ему эту боль, но предоставимъ это право и простолюдину, *когда онъ тоже почувствуетъ боль.* Рѣшеніе же вопроса о моментѣ возникновенія этого чувства предоставимъ ему, такъ какъ боль не поддается объективной оцѣнкѣ. Если можетъ обороняться отъ посягательствъ на честь гражданинъ высокаго общественнаго положенія, то предоставимъ простолюдину равное право обороны чести. Отрицать существованіе ее (т. е. чести) у членовъ низшихъ классовъ общества могутъ только тѣ, которые ставятъ нравственныя качества человѣка въ зависимость отъ его блестящей внѣшности.

Честь и право обороны ея не можетъ зависѣть отъ сословія лица и, въ равной степени, не можетъ быть обусловлено служебнымъ положеніемъ оскорбляемаго. Если гражданинъ не имѣетъ права обороны чести, то этого права не можетъ имѣть и воинъ, такъ какъ, если первый не имѣетъ чести, то не пріобрѣтаетъ ее, надѣвъ военный мундиръ, и обратно, имѣя честь во время пребыванія въ арміи, не можетъ утратить ее при возвращеніи въ ряды мирныхъ гражданъ. Предоставленіе права обороны чести только офицерамъ есть не болѣе какъ остатокъ старины, когда различались „благородные“ и „подлые“. Подобная привилегія можетъ вызвать только чувство негодованія и разобщить армію и народъ, тогда какъ народъ есть бывшее или будущее войско, а это послѣднее есть только часть народа. Если разсматривать даже привилегированное положеніе офицера какъ наслѣдіе временъ рыцарства, то тѣмъ болѣе недостойна и недопустима оборона съ оружіемъ въ рукахъ противъ безоружнаго. Противъ кого офицеры безъ большихъ колебаній обращаютъ оружіе при словесныхъ оскорбленіяхъ (оскорбленія дѣйствіемъ, какъ заключающія въ себѣ элементъ насилія, нападенія, создаютъ право обороны на общемъ основаніи)? Многочисленные случаи такой расправы доказываютъ, что жертвами ея являются, во-первыхъ, лица, не принадлежащія къ войску, и, слѣдовательно, не имѣющія, по общему правилу, оружія для отвѣта на ударъ офицера, а во-вторыхъ,—подчиненные, руки которыхъ связаны, такъ сказать, грознымъ наказаніемъ за насиліе въ отношеніи начальника (такъ

какъ отвѣтъ на ударъ уже не будетъ обороной). Пылкіе защитники чести, ссылающіеся въ такихъ случаяхъ въ свое оправданіе на помрачающую разсудокъ тяжесть оскорбленія, находятъ въ себѣ достаточно хладнокровія для оцѣнки послѣдствій при оскорбленіяхъ со стороны начальника. Между тѣмъ оскорбленіе, нанесенное последнимъ, въ дѣйствительности, по своему внутреннему содержанію, всегда оскорбительнѣе какого либо безсмысленнаго ругательства со стороны подгулявшаго „штатскаго“.

Право обороны при словесныхъ оскорбленіяхъ чести можетъ быть предоставлено *каждому военнослужащему только тогда, когда тождественное право принадлежитъ и каждому гражданину* [1]), при чемъ объемъ этого права и наказуемость за превышеніе обороны не должны претерпѣвать никакихъ измѣненій по сравненію съ тѣмъ объемомъ и тою наказуемостью, которая установлена для всѣхъ другихъ видовъ отраженія противозаконныхъ посягательствъ.

Подлежитъ, однако, большому сомнѣнію, *возможность обороны* при словесныхъ оскорбленіяхъ. Слово и физическая сила—понятія несоизмѣримыя; силой нельзя отразить слова, также какъ и это послѣднее не можетъ служить препятствіемъ насилію. Нанесеніе ударовъ оскорбителю всегда будетъ носить характеръ мести и *принужденія*. Между тѣмъ оборона, по существу своему, есть *отраженіе* нападенія, а не принужденіе къ правомѣрной дѣятельности. Смертельные удары могутъ лишить оскорбителя возможности произносить оскорбительныя слова, но не могутъ отклонить, отразить этихъ оскорбленій.

Въ виду этихъ соображеній необходимо признать, что, при отношеніяхъ подчиненности между оскорбляемымъ и оскорбителемъ, лицо подчиненное (т. е. не уполномоченное кого либо принуждать) не можетъ имѣть права *обороны* противъ начальника, посягающаго *словесно* на честь перваго, независимо отъ рѣшенія общаго во-

---

[1]) Weisl высказываетъ противоположное мнѣніе и признаетъ необходимымъ дозволить военнослужащимъ оборону чести даже въ тѣхъ случаяхъ, когда общій уголовный законъ ее не допускаетъ (Das Heeres Strafrecht s. 157).

проса о дозволенности въ такихъ случаяхъ обороны. Но во имя справедливости и равенства всѣхъ передъ закономъ, этого права долженъ быть лишенъ и начальникъ, *такъ какъ онъ имѣетъ другое право—право принужденія.* Оскорбляемый начальникъ не только имѣетъ право, но обязанъ прекратить преступную дѣятельность подчиненнаго; однако, только тѣми способами, которые ему предоставляетъ законъ для борьбы съ непокорной волею подчиненнаго, т. е. путемъ принужденія въ дозволенной закономъ формѣ, такъ какъ чинопочитаніе не можетъ требовать большихъ гарантій ненарушимости чѣмъ повиновеніе.

XI.

Если мы обратимся къ военнымъ законодательствамъ европейскихъ государствъ, то убѣдимся, что особое постановленіе, ограничивающее право необходимой обороны подчиненнаго при противозаконномъ нападеніи начальника, имѣетъ мѣсто только въ нашемъ Воинскомъ Уставѣ о наказаніяхъ. Въ военныхъ же кодексахъ австрійскомъ, германскомъ, французскомъ, италіанскомъ, бельгійскомъ и швейцарскомъ — никакихъ ограниченій, по сравненію съ началами, принятыми въ общемъ уголовномъ законѣ, не установлено. Такимъ образомъ, какъ мы сейчасъ убѣдимся, предложенная въ предыдущей главѣ конструкція права обороны при отношеніяхъ подчиненности между обороняющимся и нападающимъ занимаетъ какъ бы посредствующее мѣсто между крайними принципами нашего и иностранныхъ законодательствъ.

Изъ числа военныхъ кодексовъ только австрійскій, швейцарскій и италіанскій кодексы содержатъ постановленія, непосредственно опредѣляющія право необходимой обороны. Другіе кодексы отсылаютъ по этому вопросу къ общему уголовному законодательству.

Австрійскій Militär-Strafgesetz въ § 3 содержитъ слѣдующее постановленіе: „дѣяніе не можетъ быть вмѣнено въ вину какъ преступленіе или упущеніе...:, если это дѣяніе было послѣдствіемъ непреодолимаго принужденія или законной необходимой обороны. Законная необходимая оборона признается въ томъ случаѣ, если по

положенію лица, по условіямъ времени, мѣста, по роду нападенія, или по другимъ обстоятельствамъ есть основаніе заключить, что лицо (der Thäter) прибѣгло къ нужной защитѣ (оборонѣ, Verteidigung) для отраженія (um abzuwehren) противозаконнаго посягательства на тѣло, жизнь, свободу или имущество [1]) свое или другихъ лицъ; или если оборонявшійся перешелъ за предѣлъ такой защиты вслѣдствіе замѣшательства, страха или ужаса. Однако, такое превышеніе обороны можетъ по обстоятельствамъ даннаго случая повлечь за собой наказаніе какъ за преступную неосторожность на основаніи пятой части этого уголовнаго кодекса (§ 599 и 702)". Если мы сравнимъ изложенное постановленіе съ содержаніемъ § 2 австрійскаго уголовнаго уложенія 1852 г., то убѣдимся, что военный кодексъ дословно повторяетъ п. g. параграфа 2.

Редакцію закона нельзя признать вполнѣ удовлетворительной и точной, но не можетъ подлежать сомнѣнію, что законодатель не устанавливаетъ никакихъ ограниченій права подчиненнаго обороняться отъ противозаконнаго нападенія начальника. Предѣлы и способы этой обороны не указаны въ законѣ и есть даже нѣкоторое смѣшеніе понятій „защиты" и „отраженія". Превышеніе обороны, въ случаѣ лишенія жизни нападавшаго, влечетъ за собой для виновнаго наказаніе, не превосходящее одного года «строгаго» ареста (§ 599). Weisl и Dangelmaier, какъ было уже указано, требуютъ, чтобы, при рѣшеніи вопроса о правомѣрности обороны противъ начальника со стороны подчиненнаго, было установлено соотношеніе между оборонительными дѣйствіями и обязанностью субординаціи. Требованіе это, однако, есть не болѣе какъ личное мнѣніе названныхъ авторовъ, совершенно не подкрѣпленное какими либо доказательствами, вытекающими изъ текста закона. Приведенный же Weisl примѣръ противозаконнаго со стороны начальника дѣйствія, которое, по мнѣнію автора, не даетъ подчиненному права обороны (стр. 155 Heeres-Strafrecht), совершенно ничего не доказываетъ, такъ

---

[1]) По мнѣнію Wessely—даже при отсутствіи посягательства на личность (Die Befugnisse.... s. 50 u. 78).

какъ это посягательство начальника можетъ быть квалифицировано только какъ унизительное обращеніе съ подчиненнымъ, другими словами, есть лишь посягательство на честь. Законъ же, какъ мы видѣли, не допускаетъ обороны чести (исключеніе для офицеровъ будетъ указано ниже). Кромѣ того Weisl признаетъ необходимымъ ограничить право подчиненнаго обороняться только періодомъ исполненія начальникомъ и подчиненнымъ служебныхъ обязанностей; внѣ этихъ случаевъ названный юристъ признаетъ не подлежащимъ вмѣненію подчиненному въ вину убійство начальника (напримѣръ, находящагося въ пьяномъ видѣ), послѣдовавшее при отраженіи противозаконнаго нападенія.

Швейцарскій военный кодексъ устанавливаетъ принципъ совершенно тождественный, принятому въ австрійскомъ законодательствѣ, и объявляетъ въ art. 31 ненаказуемымъ: „дѣяніе, преступное по своему содержанію, совершенное при законной оборонѣ для защиты личности, жизни, имущества и свободы своей или своего ближняго (de son prochain)". Законъ, какъ видимъ, говоритъ о всякомъ дѣяніи, преступномъ по своему содержанію, а слѣдовательно, за отсутствіемъ другихъ постановленій и изъятій, такимъ дѣяніемъ можетъ быть насиліе надъ личностью начальника. Это начало признаетъ и проектъ швейцарскаго военно-уголовнаго кодекса (§ 18 п. 2), допускающій невмѣненіе даже при превышеніи обороны, если это превышеніе можетъ быть объяснено чувствомъ ужаса, которое испыталъ оборонявшійся. Въ томъ же смыслѣ рѣшаетъ этотъ послѣдній вопросъ, какъ мы видѣли, австрійскій кодексъ. Примѣнимость § 18 проекта швейцарскаго военно-уголовнаго кодекса къ случаямъ обороны при отношеніяхъ подчиненности между нападающимъ и обороняющимся доказывается, между прочимъ, тѣмъ, что оскорбленіе подчиненнаго начальникомъ разсматривается какъ особо уменьшающее вину обстоятельство при всѣхъ видахъ нарушенія правилъ подчиненности (§ 62), а § 18 не предусматриваетъ обороны при личныхъ оскорбленіяхъ.

Италіанскій Codice penale per l'esercito рѣшаетъ данный вопросъ съ полной опредѣленностью. Art. 134, предусматривающій необходимую оборону, помѣщенъ

въ гл. IV, посвященной преступленіямъ противъ правилъ подчиненности и чинопочитанія, и имѣетъ слѣдующую редакцію: „не составляютъ нарушенія субординаціи.... 2) когда дѣянія (имѣвшія послѣдствіемъ — лишеніе человѣка жизни, причиненіе ему ранъ или побоевъ — см. пунктъ 1) были вызваны непосредственной необходимостью законной обороны себя или другого, или женской чести при насильственномъ на нее посягательствѣ". Затѣмъ указаны два частныхъ случая обороны, а именно: при насильственномъ вторженіи ночью въ зданіе (признакъ обитаемости не указанъ) и при похищеніи имущества съ насиліемъ надъ личностью собственника или владѣльца. Редакція и мѣсто, занимаемое этимъ постановленіемъ, не оставляютъ никакого сомнѣнія въ томъ, что законъ имѣлъ въ виду предоставить подчиненному право обороны при нападеніи начальника, такъ какъ иначе фраза „не составляетъ нарушенія субординаціи" не имѣла бы совершенно смысла. Подчиненному, какъ видимъ, не вмѣняется въ вину не только нанесеніе ударовъ или ранъ, но и лишеніе нападающаго жизни. Что же касается объектовъ обороны, то изъ буквальнаго текста закона можно вывести заключеніе о дозволенности обороны жизни, здоровья, свободы, чести и имущества (при посягательствахъ, соединенныхъ съ насиліемъ надъ личностью). Дозволенность обороны чести (военнослужащаго) можетъ впрочемъ быть оспариваема въ виду, во-первыхъ, особаго указанія на право обороны чести женщины, а затѣмъ въ виду очевиднаго заимствованія даннаго постановленія италіанскаго кодекса изъ Code pénal (art. 327—329), который, по толкованію французскихъ криминалистовъ не допускаетъ обороны при личныхъ оскорбленіяхъ [1]).

Вопросъ о правѣ на оборонительныя дѣйствія подчиненнаго при противозаконномъ нападеніи начальника по французскому законодательству не можетъ быть рѣшенъ съ полной опредѣленностью, въ виду соображеній, изложенныхъ въ гл. IX настоящей работы по поводу примѣнимости къ военнослужащимъ французской арміи

---

[1]) Dalloz, Répertoire t. XIV, p. 629, § 222—223; Garraud, Traite, t. I, p. 573—574, t. II, p. 539. t. IV, p. 125; Haus, Principes, t. I, p. 447.

постановленій Code pénal. Въ Code de justice militaire вопросъ о необходимой оборонѣ совершенно не затронутъ. Art. 202 военнаго кодекса перечисляетъ примѣнимыя къ военнослужащимъ постановленія общаго уголовнаго закона, но лишь тѣ, которыя находятся въ общей части, тогда какъ необходимая оборона предусмотрѣна въ особенной части Code pénal. Принявъ указанное выше (въ гл. IX) толкованіе Blanche и Haus можно признать, что art. 327—329 Code pénal должны получить примѣненіе къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ военнослужащихъ, которыя предусмотрѣны общимъ уголовнымъ закономъ. Но, въ такомъ случаѣ, право обороны при отношеніяхъ подчиненности между обороняющимся и нападающимъ не найдетъ себѣ совершенно законной санкціи. Комментаторъ французскаго военно-морского кодекса Wilchelm признаетъ, что постановленія о необходимой оборонѣ Code pénal, именно art. 327—329, должны найти себѣ примѣненіе и въ арміи [1]), но оставляетъ безъ отвѣта вопросъ о столкновеніи права обороны съ обязанностями воинскаго чинопочитанія. Составитель Code de justice militaire, V. Foucher, также не разъясняетъ этого вопроса, хотя изъ нѣкоторыхъ его соображеній можно вывести заключеніе о дозволенности обороны при отношеніяхъ подчиненности между обороняющимся и нападающимъ. Такъ, комментируя 202 art. военнаго кодекса, Foucher по поводу art. 64 Code pénal говоритъ: „воздѣйствіе непреодолимой силы создаетъ необходимость дѣйствія или, по крайней мѣрѣ, лишаетъ возможности воздержаться отъ него; подобнаго рода необходимость возникаетъ при законной обороны себя или третьихъ лицъ, а также при исполненіи велѣній закона; если законъ предписываетъ дѣяніе, то онъ не можетъ вмѣнить его въ преступленіе, такъ какъ это дѣяніе есть лишь слѣдствіе велѣній того же закона; не подлежитъ вмѣненію и содѣянное при законной оборонѣ себя и другихъ, такъ какъ принадлежащее каждому право обороны вытекаетъ изъ самого существа закона. Въ виду этихъ соображеній судебная практика отвергаетъ необходимость постановки особаго вопроса о наличности этихъ

---

[1]) Commentaire, p. 71, § 1207.

причинъ невмѣненія, такъ какъ онѣ подразумѣваются въ общемъ вопросѣ о виновности" [1]).

Если стать на точку зрѣнія Foucher и разсматривать необходимую оборону какъ причину невмѣненія, которая, по своему вліянію на субъективную виновность лица, должна быть въ полной мѣрѣ уподоблена велѣнію закона или принужденію непреодолимой силы, то, очевидно, военнослужащій, воспользовавшійся этимъ правомъ обороны, не можетъ подлежать отвѣтственности за совершенныя имъ насильственныя дѣйствія въ отношеніи нападающаго начальника, тѣмъ болѣе, что вопросъ о наличности условій обороны входитъ въ общій вопросъ о виновности.

Но съ другой стороны, имѣя въ виду практику французскихъ судовъ, которые отвергаютъ право обороны гражданъ противъ должностныхъ лицъ [2]), можно признать спорнымъ отступленіе отъ этого принципа въ военномъ быту, гдѣ неприкосновенность личности начальника всегда должна быть гарантирована по крайней мѣрѣ также, какъ неприкосновенность представителей гражданской власти.

Нельзя, однако, оставить безъ вниманія то обстоятельство, что въ отношеніи лицъ гражданскихъ законъ не лишаетъ судъ права уменьшать наказаніе, положенное въ законѣ, при существованіи данныхъ въ пользу подсудимаго. Между тѣмъ до 1901 года военные суды, въ отношеніи преступленій воинскихъ, не пользовались этимъ правомъ (см. art. 267 Code de justice militaire и приложенную къ нему инструкцію, стр. 115 въ изд. 1896 г.) [3]). Слѣдовательно, при отрицаніи права обороны со стороны подчиненнаго, всякое съ его стороны формальное нарушеніе чинопочитанія въ отношеніи начальника, хотя бы преступныя посягательства послѣдняго угрожали смертью, должно было повлечь за собой

---

[1]) Commentaire, p, 649—650, § 1380; тамъ же указана кассаціонная практика по этому вопросу, совпадающая по своимъ выводамъ съ приведеннымъ мнѣніемъ составителя кодекса.

[2]) Рѣш. 3 іюля 1824, 26 дек. 1839, 22 авг. 1866, и 29 февр. 1874 г. г., см. Garraud, Traité t. I, p. 583.

Chaveau et Hélie указываютъ впрочемъ случай противоположнаго толкованія: рѣш. 13 янв. 1824 г. Théorie t. III, p. 178—179.

[3]) Ограниченіе это отмѣнено закономъ, опубликованнымъ въ Journal officiel 21 іюля 1901 г.

наказаніе въ полной мѣрѣ. Невозможность принять такое рѣшеніе вопроса и косвенное указаніе составителя кодекса на дозволенность обороны въ такихъ случаяхъ вынуждаютъ насъ склониться въ пользу примѣнимости ко всѣмъ военнослужащимъ французской арміи art. 328—329 Code pénal.

Военно-уголовный кодексъ бельгійскій также не даетъ прямо отвѣта по данному вопросу, однако рѣшеніе его облегчается, въ виду истолкованія, которое было дано art. 58 Code pénal militaire при разсмотрѣніи проекта его въ парламентѣ. Это истолкованіе, между прочимъ, въ виду большого сходства редакціи общаго уголовнаго кодекса французскаго и бельгійскаго, можетъ служить подтвержденіемъ правильности только что предложеннаго рѣшенія вопроса относительно французскаго законодательства. Art. 58 бельгійскаго военнаго кодекса опредѣляетъ, что постановленія первой книги общаго уголовнаго кодекса имѣютъ примѣненіе и къ нарушеніямъ воинскимъ, если эти постановленія не отмѣняются закономъ военнымъ. Такая редакція art. 58 вызвала у членовъ парламента вопросъ о примѣнимости къ военнослужащимъ постановленій общаго кодекса, касающихся cas d'excuse и faits justificatifs и не вошедшихъ въ первую книгу. Министръ юстиціи Bara разъяснилъ это сомнѣніе въ томъ смыслѣ, что находящійся въ первой книгѣ общаго кодекса art. 71 признаетъ причиной невмѣненія „une force à laquelle il (le prévenu) n'a pu résister“. Постановленія закона, опредѣляющія случаи такого принужденія непреодолимой силы, содержатся, по мнѣнію докладчика, въ art. 416 и 417 Code pénal Belge (сходны съ art. 328—329 французскаго кодекса). А потому право необходимой обороны распространяется въ полной мѣрѣ и на военнослужащихъ при противозаконномъ посягательствѣ начальника на жизнь, здоровье, свободу подчиненнаго, при вторженіи ночью съ насиліемъ въ его жилище и при посягательствахъ имущественныхъ, соединенныхъ съ насиліемъ надъ личностью [1]).

[1]) Nypels, Code pénal militaire p. 47—48. Нельзя не согласиться съ мнѣніемъ этого комментатора, что при изложенномъ взглядѣ составителей кодекса было бы послѣдовательнѣе внести въ текстъ военнаго кодекса соотвѣтствующее постановленіе.

Въ отношеніи французскаго и бельгійскаго законодательства необходимо замѣтить, что насиліе, не угрожающее опасностью здоровью (coups ou violences graves), не создаетъ права необходимой обороны и не разсматривается какъ причина невмѣненія, а служитъ лишь обстоятельствомъ, извиняющимъ виновнаго (art. 321—326 Code pénal и 411--415 Code pénal Belge).

Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich не содержитъ постановленій, предусматривающихъ необходимую оборону, но § 2 названнаго военнаго закона и § 10 общаго германскаго уложенія не оставляютъ никакихъ сомнѣній по вопросу о полной примѣнимости къ военнослужащимъ § 53 этого общаго кодекса [1]). § 2 военнаго кодекса гласитъ слѣдующее: „тѣ правила, которыя въ силу постановленій германскаго уложенія имѣютъ общее примѣненіе къ преступленіямъ и проступкамъ, распространяются въ соотвѣтственныхъ случаяхъ и на воинскія преступленія". Въ связи съ этимъ постановленіемъ находится § 10 германскаго уложенія: „къ военнослужащимъ германской арміи примѣняется общее уголовное уложеніе государства, если военно-уголовный законъ не содержитъ иныхъ постановленій". Такъ какъ военный кодексъ не устанавливаетъ никакихъ изъятій по вопросу о правѣ обороны, то къ дѣянію оборонявшагося военнослужащаго, независимо отъ его званія и служебнаго положенія, долженъ быть примѣненъ § 53 общаго уголовнаго уложенія. Этотъ параграфъ допускаетъ какъ самооборону, такъ и оборону третьихъ лицъ, не опредѣляя, однако, тѣхъ благъ и правъ которыя могутъ быть охраняемы при противозаконномъ на нихъ посягательствѣ. Въ виду совершенно общаго выраженія „um einen rechtswidrigen Angriff von sich.........abzuwenden"—нѣтъ основанія отрицать для *граждан* право обороны имущества и чести [2]). Но въ отношеніи военнослужащихъ военный кодексъ устанавливаетъ ограниченіе, не допуская обороны чести при отношеніяхъ подчиненности

---

[1]) Brauer, Handbuch s. 33; Hecker, Lehrbuch, s. 102; Solms, Strafr. u. Strafproz. s. 54 § 49, p. I (1883); s. 63 p. I, (1892); Walde, Milit. Strafges. s. 4.

[2]) Въ этомъ смыслѣ высказываются Binding, Handbuch s. 750; Merkel, Lehrbuch s. 163; H. Meyer, Lehrbuch s. 277; Hecker, Lehrbuch. s. 103.

между оскорбленнымъ и оскорбителемъ. Такъ, § 98 военно-уголовнаго кодекса признаетъ лишь особо уменьшающимъ вину обстоятельствомъ, при нарушеніи чинопочитанія и подчиненности, противозаконное, унизительное и жестокое обращеніе начальника. Редакція § 98 въ связи съ другими постановленіями убѣждаетъ въ томъ, что оскорбленіе чести не только словесное, но и соединенное съ насиленіемъ надъ личностью подчиненнаго, не даетъ ему права на такія оборонительныя дѣйствія, которыя выражаются въ посягательствахъ на личность начальника. Но это право обороны возникаетъ для подчиненнаго въ тѣхъ случаяхъ, когда своими противозаконными дѣйствіями начальникъ посягаетъ не только на чувство чести, но и на здоровье подчиненнаго. Въ пользу такого истолкованія закона служатъ слѣдующія соображенія. § 98 въ первой части говоритъ о противозаконномъ обращеніи (vorschriftswidrig behandelt), а во второй части — о насильственныхъ и унизительныхъ (для подчиненнаго) дѣйствіяхъ начальника (Misshandlung oder.....herabwürdigende Behandlung). Solms разъясняетъ выраженіе „Misshandlung", какъ посягательство на тѣлесную неприкосновенность (комментаторъ употребляетъ слово „Wohlbefindens", т. е. здоровье, самочувствіе, но изъ даваемаго имъ далѣе истолкованія „Schädigung des Gesundheit", очевидно, что онъ не имѣлъ въ виду придавать слову „Misshandlung" значеніе посягательства на здоровье) [1]. Слѣдовательно, по точному смыслу § 98, подчиненный, совершившій какое либо насиліе надъ личностью начальника, *оскорбившаго* его словомъ или дѣйствіемъ (даже путемъ нанесенія побоевъ), можетъ надѣяться лишь на уменьшеніе наказанія. Но законъ разграничиваетъ насилія, соединенныя съ вредомъ для здоровья и не угрожающія такимъ вредомъ. Въ § 122, опредѣляющемъ отвѣтственность начальника за противозаконное обращеніе съ подчиненнымъ, различаются: толчки, удары, другія насильственныя дѣйствія и *поврежденіе здоровья*. Толчки, удары и другія насильственныя дѣйствія упомянуты въ § 98, но о поврежденіи здоровья тамъ не говорится. По толкованію же Solms

[1]) Strafr. u. Strafhroz. (1883) s. 118, § 122 p. 3.

§ 122 разумѣетъ подъ этимъ выраженіемъ насиліе, влекущее за собой болѣе или менѣе продолжительную болѣзнь [1]).

Слѣдовательно, мы въ правѣ заключить, что законъ не запрещаетъ подчиненному отражать противозаконныя посягательства начальника, угрожающія жизни, здоровью и свободѣ, а за отсутствіемъ изъятій — и имущества. Только честь лишена этой формы охраны.

По вопросу о субъектѣ права необходимой обороны чести нельзя согласиться съ мнѣніемъ Hecker, который утверждаетъ, что этого права лишены только солдаты, т. е. нижніе чины. § 98 безъ всякихъ ограниченій говоритъ о „подчиненномъ", который можетъ быть и въ офицерскомъ званіи.

Особое постановленіе о правѣ обороны чести при словесныхъ оскорбленіяхъ содержитъ только австрійскій военно-уголовный кодексъ. По терминологіи закона оскорбленіе признается какъ бы лишь обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину, но разсмотрѣніе текста закона приводитъ къ несомнѣнному убѣжденію, что посягательство на честь служитъ причиной *невмѣненія* въ вину оскорбленному тѣхъ насилій, которыя онъ совершитъ надъ личностью оскорбителя для своей защиты [2]). Въ § 114, перечисляющемъ обстоятельства уменьшающія вину, въ пунктѣ *д* — мы читаемъ: „сюда же относятся тѣ случаи, когда офицеръ или другое лицо офицерскаго званія, для прекращенія наносимыхъ ему, въ присутствіи одного или нѣсколькихъ посторонних лицъ, оскорбленій, прибѣгнетъ тутъ же (на мѣстѣ, немедленно) къ употребленію присвоеннаго ему оружія. Если указанная цѣль (прекращеніе оскорбленія) не могла быть достигнута другимъ способомъ и если при употребленіи оружія не были превышены предѣлы необходимости, то содѣянное совершенно не подлежитъ наказанію". Законъ говоритъ не о невмѣненіи, а о ненаказуемости дѣянія, но въ виду того, что лицо, совершившее дѣяніе, воспрещенное вообще закономъ подъ страхомъ наказанія, можетъ не понести наказанія только при невмѣненіи этого

---

[1]) Тамъ-же, стр. 119 п. 4.

[2]) Того-же мнѣнія Weisl, указ. сочин. стр. 155; Hecker, стр. 103; Kleemann стр. 56 и слѣд.

дѣянія въ вину или при наличности причинъ, погашающихъ отвѣтственность (помилованіе, примиреніе и т. п.), которыя въ разсматриваемомъ нами случаѣ отсутствуютъ, — необходимо заключить, что законъ признаетъ оскорбленіе одной изъ причинъ невмѣненія въ вину.

Условія правомѣрности обороны чести указаны въ законѣ слѣдующія. Субъектомъ обороны можетъ быть только офицеръ или другое лицо офицерскаго званія. Содержаніе этого послѣдняго выраженія разъясняетъ Dienst-Reglement, который опредѣляетъ, что къ корпусу офицеровъ относятся аудиторы, военные врачи и войсковые бухгалтеры (казначеи—Truppen-Rechnungsführer) [1].

По толкованію Kleemann законъ имѣетъ въ вину только словесныя оскорбленія, такъ какъ оскорбленія дѣйствіемъ, соединенныя неизбѣжно съ насиліемъ надъ личностью, создаютъ по общему правилу право обороны. Офицеръ можетъ употребить оружіе противъ оскорбителя только въ тѣхъ случаяхъ, когда оскарбленіе нанесено въ присутствіи, по крайней мѣрѣ, одного посторонняго лица. По мнѣнію того же Kleemann право обороны не зависитъ отъ того обстоятельства — одѣтъ ли офицеръ въ военное платье или въ штатское. Въ послѣднемъ случаѣ, однако, офицеръ долженъ предупредитъ оскорбителя о своемъ званіи. Такъ какъ оружіе можетъ быть употреблено только для „прекращенія" оскорбленій, то слѣдуетъ заключить, что произнесеніе оскорбительныхъ словъ единожды не даетъ офицеру права насилія надъ личностью оскорбителя. Оружіе можетъ быть употреблено только „присвоенное" офицеру, а потому Weisl [2]) и Kleemann [3]) не допускаютъ невмѣненія при употребленіи для самообороны палки, охотничьяго ружья и т. п. Оборона третьихъ лицъ при оскорбленіяхъ чести не допускается.

Существованіе такого изъятія для офицеровъ вызываетъ справедливыя нареканія въ обществѣ [4]). По остроумному замѣчанію Wessely § 114 австрійскаго во-

---

[1]) Приложеніе I, стр. 392; также Kleemann, System s. 57.
[2]) Heeres-Strafr. s. 156 Anm.
[3]) System s. 59.
[4]) См. у Weisl стр. 156 примѣч.

енно-уголовнаго кодекса даетъ гражданамъ основаніе думать, что ихъ честь „sei von minder gutem Kaliber“ [1]).

Такимъ образомъ, мы видимъ, что иностранныя военныя законодательства признаютъ за подчиненнымъ право обороны при противозаконномъ нападеніи начальника, не устанавливая никакихъ въ этомъ отношеніи ограниченій. Сомнѣніе о допустимости обороны противъ начальника можетъ возникнуть только въ отношеніи французскаго законодательства, но и здѣсь, какъ мы видѣли, нѣтъ основаній совершенно отрицать право обороны.

Русское законодательство со временъ Императора Петра I и до нашихъ дней даетъ крайне неточныя и неполныя указанія по вопросу о правѣ обороны при отношеніяхъ подчиненности между нападающимъ и обороняющимся. До изданія Воинскаго Устава о наказаніяхъ, ограниченія этого права касались, однако, не самого принципа обороны, а ея предѣловъ и средствъ, при чемъ законъ не обязывалъ ограничиваться „защитой въ мѣрѣ необходимой для личнаго самосохраненія“.

Уложеніе 1649 года совершенно не касается вопроса объ оборонѣ противъ «начальныхъ» въ войскѣ людей, также какъ и «Уставъ ратныхъ, пушечныхъ и другихъ дѣлъ» 1607—1621 г. Въ «Уложеніи или правѣ воинскаго поведенія» Шереметева, постановленія, касающіяся обороны, встрѣчаются въ нѣсколькихъ статьяхъ. Такъ ст. 54 и 66 не вмѣняютъ въ вину „кто смертное убійство не нарочно учинитъ.... отъ себя бороняся, такъ что поврежденія отъ нападенія уйти не можетъ“ или „отъ самыя нужды того ранитъ или убьетъ“. Ст. 61 упоминаетъ кромѣ того объ обнаженіи оружія „не по нуждѣ нападенія“, но во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ совершенно не опредѣляетъ служебнаго отношенія оборонявшагося къ нападавшему. Общій смыслъ 69 ст., въ виду заключительныхъ ея словъ „а самому *никакими образы* не управниватца“, даетъ основаніе утверждать, что законъ совершенно не допускалъ обороны чести. Въ пользу этого вывода, по крайней мѣрѣ для случаевъ оскорбленія въ строю, служитъ также содержаніе ст. 62,

---

[1]) Die Befungnisse... s. 84.

которая обязываетъ солдата, получившаго въ строю ударъ отъ товарища, „у начальника своего о оборонѣ попросить", а если оскорбитель и оскорбленный «начальные», то законъ обязываетъ ихъ обращаться въ воинскій судъ. Если сопоставить содержаніе этой статьи со ст. 6, гдѣ говорится о „противленіи начальному человѣку"... „бранью или ручнымъ ударомъ или ружья пріемомъ, *во время строя или боя*", за что полагается смертная казнь, „а буде въ иномъ случаѣ"—наказаніе „по разсмотрѣнію" — то съ нѣкоторой долей вѣроятности можно вывести слѣдующее заключеніе: Уложеніе не допускало совершенно обороны чести и обороны противъ начальника «въ строю»; въ другихъ случаяхъ оборона была дозволена, такъ какъ законъ употребляетъ общее выраженіе «кто», не опредѣляя служебнаго положенія оборонявшагося (ст. 61, 66, 69). Этотъ выводъ не находитъ себѣ прямыхъ доказательствъ въ текстѣ Уложенія, но можетъ быть принятъ, за отсутствіемъ постановленій опровергающихъ. Если обратиться къ датскимъ военнымъ артикуламъ короля Христіана V, изъ которыхъ, по изслѣдованію профессора Шендзиковскаго, были заимствованы постановленія Уложенія Шереметева [1]), то мы убѣдимся, что и здѣсь личность нападающаго (противъ котораго была дозволена оборона) оставалась безъ опредѣленія. Артикулъ 28 говорилъ въ общихъ выраженіяхъ о тѣхъ, кто обнажитъ свой мечъ не для самозащиты или отраженія опасности [2]).

Краткій артикулъ Меньшикова также не даетъ прямого отвѣта по этому вопросу, въ виду чего можно лишь дѣлать болѣе или менѣе основательныя догадки. О правѣ необходимой обороны говорится въ ст. 4 гл. II. Въ предшествующей ст. 3 предусмотрѣно убійство офицера его подчиненнымъ [3]) и это дѣяніе опредѣлено такими признаками, которые даютъ основаніе предпола-

[1]) Конспектъ лекцій по исторіи рус. воен. угол. законодат. стр. 19.

[2]) См. Воен. право въ Россіи при Петрѣ Великомъ. П. О. Бобровскій, вып. I, стр. 258 и 260.

[3]) Профессоръ Шендзиковскій (Конспектъ стр. 39) высказываетъ предположеніе, что законъ имѣетъ здѣсь въ виду убійство офицера его слугою, но выраженіе ст. 3 „надъ своими *предпоставленными* офицерами" даетъ основаніе полагать, что отношенія убійцы къ убитому должны были вытекать изъ отношеній *воинской* подчиненности.

гать, что право обороны предоставлялось и подчиненному противъ начальнику. Въ ст. 3 говорится о «нагломъ» убійствѣ, а ст. 1, стоящая въ грамматической и логической связи со ст. 3, предусматриваетъ умышленное убійство „кто человѣка *нарочно* умертвитъ или его тако побьетъ, что отъ того умретъ...". Слѣдовательно, если убійство офицера совершено „не нарочно", а „за нуждой обороняться", то содѣянное при соблюденіи указанныхъ въ ст. 4 условіяхъ не должно быть вмѣняемо въ вину. Изъ текста ст. 4 можно заключить, что законнымъ поводомъ къ оборонѣ признавалось только посягательство на жизнь и здоровье, такъ какъ оборонявшійся обязанъ былъ доказать, что „онъ не зачинщикъ *драки и нападенія* былъ". Оборона при словесныхъ оскорбленіяхъ безусловно запрещалась (ст. 13 той же главы „кто самовластно обороною, точію на слова безъ задиранія вступитъ....").

Въ Артикулѣ Воинскомъ Императора Петра I постановленія, опредѣляющія право обороны, изложены чрезвычайно полно и тщательно (арт. 157), но законъ совершенно не касается вопроса объ отношеніяхъ подчиненности между обороняющимся и нападающимъ. Изъ толкованія къ арт. 24 очевидно, что подчиненный не имѣлъ права обороны, соединенной съ насиліемъ въ отношеніи личности начальника, при словесныхъ оскорбленіяхъ и даже, повидимому, при оскорбленіяхъ дѣйствіемъ („хотя съ нимъ отъ Фельдмаршала и Генерала непристойнымъ образомъ поступлено будетъ, и ему (т. е. подчиненному) отъ нихъ нѣкоторымъ образомъ оскорбленіе славы учинится"). Но въ отношеніи другихъ видовъ посягательствъ на подчиненнаго Воинскій Артикулъ не содержитъ, по вопросу объ оборонѣ, никакихъ ограниченій. А потому, исходя изъ того принципа, что отсутствіе прямыхъ изъятій въ законѣ обязываетъ примѣнять ко всѣмъ видамъ преступленій общія правила о вмѣненіи въ вину и наказуемости, необходимо признать, что по Артикулу Воинскому подчиненный, лишившій жизни начальника, могъ ссылаться на состояніе законной обороны. Условія ея были точно указаны въ толкованіи къ 157 артикулу. Оборона по способамъ и средствамъ ея должна быть равна нападенію и оборо-

няющемуся предписывается кромѣ того „столько долго уступать, елико возможно“; оборона допускалась при нападеніи, угрожавшемъ жизни, здоровью и имуществу (арт. 185 толков.); въ послѣднемъ случаѣ, однако, только при вторженіи вора ночью въ домъ, „ибо надлежитъ разсудить, что воръ не для одной кражи, но чтобы и умертвить, въ домъ ночью врывается“.

Генералъ Бобровскій въ своемъ изслѣдованіи Артикула Воинскаго совершенно не разрѣшаетъ вопроса о правѣ подчиненнаго обороняться при нападеніи начальника, а сопоставленіе русскихъ артикуловъ съ соотвѣтствующими шведскими Карла XI, не разъясняетъ, въ данномъ случаѣ, содержанія первыхъ.

Постановленія Артикула Воинскаго вошли съ небольшими редакціонными измѣненіями въ Уставъ Военно-Уголовный 1839 года. Статьи общей части 113 и 114 повторяютъ 156, 157 и 185 артикулы Императора Петра I и не устанавливаютъ никакихъ изъятій по сравненію съ закономъ общимъ (15 т. Св. Зак. Угол. 1832 г. изд. 3, ст. 133 и 134), а ст. 237 и 238 (по изд. 1864 г.) соотвѣтствуютъ артикуламъ 24 и 25.

Если признать, что Артикулъ Воинскій допускалъ оборону въ полномъ ея объемѣ и при отношеніяхъ подчиненности между нападающимъ и обороняющимся, то, за отсутствіемъ изъятій изъ закона общаго, мы въ правѣ будемъ заключить, что согласно Уставу Военно-Уголовному, при противозаконномъ нападеніи начальника, вредъ, причиненный ему обороняющимся подчиненнымъ, не подлежалъ вмѣненію послѣднему въ вину. Это мнѣніе высказываетъ и профессофъ Кузьминъ-Караваевъ [1].

Составитель проекта Воинскаго Устава о наказаніяхъ избралъ путь ограниченій права обороны, отказавшись совершенно отъ принципа дозволенности *отраженія* нападенія начальника.

Въ первомъ проектѣ мы находимъ четыре статьи, опредѣляющія содержаніе права необходимой обороны. Въ ст. 139 (вторая часть п. 3) въ числѣ причинъ невмѣненія въ вину указана „необходимость обороны, когда она не была соединена съ нарушеніемъ военной

[1]) Воен. угол. пр. ч. общ. стр. 262.

дисциплины и чинопочитанія и не выходила изъ предѣловъ личной защиты“. Затѣмъ, ст. 147 повторяла 107 ст. уложенія о наказаніяхъ угол. и испр. 1845 г. съ добавленіемъ послѣ словъ „или нападающій вторгся съ насиліемъ въ жительство обороняющагося“—слѣдующей фразы: „и когда доказана будетъ, что оборона не выходила изъ предѣловъ необходимой личной защиты и соотвѣтствовала опасности, угрожавшей обороняющемуся“. Ст. 148 объединила ст. 108 и 109 уложенія, а ст. 149 была новой. Она была изложена такъ: „правила въ предшедшихъ статьяхъ 147 и 148 постановленныя, о законности обороны для защиты себя, не могутъ быть примѣнены къ служебнымъ отношеніямъ подчиненнаго къ начальнику во время нахожденія въ строю или передъ фронтомъ, или при самомъ исполненіи обязанностей службы, развѣ бы начальникъ, вопреки закона, учинилъ на подчиненнаго нападеніе, соединенное съ явной опасностью для жизни, здоровья или чести подвергшагося оному; но и въ семъ случаѣ оборона должна ограничиваться одной защитой себя въ мѣрѣ, необходимой для личнаго самосохраненія. Поступившій вопреки сего постановленія подвергается отвѣтственности по мѣрѣ важности нарушенія или строгости военной дисциплины и другимъ обстоятельствамъ дѣла. Въ огражденіе подчиненныхъ отъ законопротивныхъ поступковъ начальниковъ, сіи послѣдніе подлежатъ наказаніямъ въ законѣ именно за злоупотребленіе власти постановленнымъ“. Объясняя на стр. 124—125 причину дополненія въ воинскомъ уставѣ правилъ о необходимой оборонѣ сенаторъ Капгеръ говоритъ: „безусловное распространеніе на военнослужащихъ общихъ постановленій о законности обороны несовмѣстно съ требованіями военной дисциплины, ибо, въ такомъ случаѣ, слѣдовало бы признать, что подчиненный въ правѣ всегда отвѣчать начальнику за оскорбленіе словомъ или дѣйствіемъ такимъ же оскорбленіемъ, хотя бы и находился въ строю или передъ фронтомъ, и противозаконное дѣяніе начальника не сопровождалось для подчиненнаго опасностью для жизни, здоровья и чести“.

Не касаясь, временно, содержанія новой 149 ст. проекта, остановимся на только что изложенныхъ со-

ображеніяхъ составителя, послужившихъ основаніемъ для созданія изъятій изъ закона общаго.

Соображенія сенатора Капгера поражаютъ своей ошибочностью съ точки зрѣнія юридической. Изъ факта дозволенія подчиненному обороны при противозаконномъ нападеніи начальника ни въ коемъ случаѣ нельзя вывести заключенія, что подчиненному предоставляется право *отвѣчать* на оскорбленіе словомъ или дѣйствіемъ со стороны начальника такими же дѣйствіями и словами. *Отвѣтъ* не есть оборона, а—возмездіе. Слова обиженнаго не могутъ, по природѣ своей, *отражать* или даже *защищать* его отъ оскорбленій, а выражаютъ лишь посягательство на честь оскорбителя. Затѣмъ, если бы даже возмездіе признавалось обороной, то и въ этомъ случаѣ примѣненіе къ военнослужащимъ общихъ правилъ обороны не сообщило бы подчиненному права обороняться при оскорбленіяхъ, такъ какъ Уложеніе допускало *только* оборону *женской чести*. Непонятнымъ также остается утвержденіе сенатора Капгера, что *оскорбленіе* словомъ или дѣйствіемъ не угрожаетъ опасностью *чести*.

Ошибность основныхъ положеній не могла не отразиться на точности и ясности послѣдующихъ выводовъ, получившихъ свое выраженіе въ 149 ст. проекта.

Непримѣнимость къ военнослужащимъ общихъ правилъ обороны была обусловлена въ проектѣ служебнымъ отношеніемъ подчиненнаго къ начальнику „во время нахожденія въ строю или передъ фронтомъ, или при самомъ исполненіи обязанностей службы, развѣ бы.....“. Прочтя это положеніе можно ожидать, что въ дальнѣйшемъ изложеніи будутъ указаны случаи, когда подчиненный пользуется общимъ правомъ обороны, такъ какъ слѣдующая фраза начинается словами—„развѣ бы.....“. Въ дѣйствительности вторая часть опредѣляетъ нѣчто совершенно иное. Здѣсь говорится о возникновеніи права обороны при нападеніи начальника, какъ будто это право можетъ возникнуть при отсутствіи нападенія. „Развѣ бы“ равносильно—„за исключеніемъ, однако, случаевъ“. Если видѣть логическій центръ тяжести предложенія, начинающагося со словъ „развѣ бы“, въ указаніи на „явную“ опасность, то и при этомъ толкова-

ніи нельзя признать редакцію статьи удовлетворительной. Уложеніе говоритъ о „дѣйствительной", т. е. реально и неоспоримо существующей опасности, тогда какъ признакъ „явности" не лишенъ нѣкоторой доли сомнѣнія: то, что явно, не всегда существуетъ въ дѣйствительности, не даромъ русскій народъ говоритъ— „у страха глаза велики", т. е. испуганный человѣкъ можетъ страшиться опасности для него явной, хотя и не существующей.

Способъ обороны ограниченъ защитой въ мѣрѣ необходимой для личнаго самосохраненія. Въ виду противоположенія отношеній служебныхъ неслужебнымъ и указанія на первыя, какъ на причину ограниченія права обороны, необходимо заключить, что при отношеніяхъ, не соединенныхъ съ исполненіемъ обязанностей службы, къ военнослужащимъ должны быть примѣняемы общія правила Уложенія. Мы увидимъ, однако, далѣе, что предположенія составителя получили совершенно иное истолкованіе при послѣдующей разработкѣ проекта.

Заслуживаетъ вниманія, что сенаторъ Капгеръ, создавая ограниченія права обороны, предоставилъ подчиненному это право при посягательствахъ на личную честь, чего не допускало Уложеніе.

Генералъ-Аудиторіатъ совершенно измѣнилъ, если не содержаніе, то смыслъ и идею проекта сенатора Капгера, такъ какъ исключилъ слова „во время нахожденія въ строю или передъ фронтомъ, или при самомъ исполненіи обязанностей службы" и вмѣсто словъ „соединенное съ явной опасностью для жизни, здоровья или чести" употребилъ выраженіе „соединенное съ явной опасностью" (ст. 151). Такимъ образомъ, подчиненный былъ лишенъ: во-первыхъ, права обороны при противозаконномъ нападеніи начальника во всѣхъ случаяхъ безъ исключенія [1]) и, во-вторыхъ, возможности опредѣлить характеръ той опасности, которая даетъ ему право, хотя бы не обороняться, но по крайней мѣрѣ защищаться.

Редакція ст. 151 Генералъ-Аудиторіата, соотвѣтствующей 97 ст. второго проекта сенатора Капгера, бы-

---

[1]) Того-же мнѣнія профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, указ. сочин. стр. 226.

ла принята Военно-Кодификаціонною комиссіею, которая исключила только слова „вопреки закона“ (ст. 67) [1]), внесенныя вновь съ добавленіемъ — „и обязанностей службы“ въ проектъ Высочайше учрежденнаго Совѣщанія (ст. 82) и сохранившіяся въ дѣйствующемъ законѣ.

Въ отношеніи 71 ст. XXII кн. С. В. П. 1869 г. изд. 3 и 70 ст. XVI кн. С. М. П. 1886 г., кромѣ сдѣланныхъ уже замѣчаній, можно сказать слѣдующее. Сенаторъ Капгеръ имѣлъ въ виду, проектируя свою 149 ст., тѣ особыя отношенія, которыя возникаютъ между начальникомъ и подчиненнымъ при исполненіи ими или однимъ изъ нихъ *обязанностей* военной службы. Но въ дѣйствующемъ законѣ сказано, что общія правила о необходимой оборонѣ не примѣняются „въ случаѣ нарушенія *служебныхъ отношеній* подчиненнаго къ начальнику“. Другими словами, если дѣйствія обороняющагося подчиненнаго нарушаютъ служебныя отношенія, то состояніе опасности, въ которое онъ былъ повергнутъ преступными дѣйствіями начальника, не принимается во вниманіе при вмѣненіи ему въ вину содѣяннаго. При оборонѣ могутъ быть нарушены только тѣ отношенія подчиненнаго къ начальнику, которыя опредѣляются правилами чинопочитанія. По смыслу же закона эти отношенія будутъ нарушены во всѣхъ случаяхъ, если подчиненный *оборонялся* отъ нападенія, т. е. отражалъ его, такъ какъ отраженіе сопряжено неизбѣжно съ посягательствомъ, въ той или другой формѣ, на тѣло начальника. Отношенія подчиненности, а слѣдовательно и обязанность чинопочитанія существуютъ непрерывно въ теченіе всего періода военной службы, а потому необходимо признать, что оборона запрещена военнослужащимъ *безусловно*. Оговорка закона о дозволенности *защиты* могла бы быть исключена безъ всякаго вліянія на общее содержаніе установленнаго въ ст. 71 правила. Если бы законъ умалчивалъ совершенно о правѣ защищаться, то и въ такомъ случаѣ защита, выражающаяся въ созданіи преградъ, во взятіи какъ бы въ руки щита, была бы дѣяніемъ юридически безразличнымъ. Правильность того положенія, что ограниченіе обороны защитою,

[1]) Объясненія на журналъ Высочайше учрежденной Комиссіи, стр. 258.

при требованіи кромѣ того *явной* опасности *неизвѣстному* благу, равносильна отрицанію права обороны, доказывается тѣмъ замѣчательнымъ фактомъ, что за тридцать два года существованія Воинскаго Устава статья о необходимой оборонѣ не получала примѣненія, по крайней мѣрѣ въ практикѣ Главнаго Военнаго Суда. Достаточно разсмотрѣть рѣшенія Главнаго Военнаго Суда 1887 г. № 15 и 1899 г. № 91, чтобы убѣдиться въ совершенной непримѣнимости на практикѣ 71 ст. XXII кн. Изъ перваго рѣшенія видно, что дѣяніе подсудимаго заключалось въ томъ, что онъ схватилъ за руку начальника изъ нижнихъ чиновъ, замахнувшагося на него рукою, и сказалъ: „господинъ вахмистръ, не имѣете права бить меня". Судъ призналъ, что подсудимый схватилъ вахмистра за руку не съ цѣлью насенія ему оскорбленія, *а для защиты себя отъ удара*. Тѣмъ не менѣе, по мнѣнію Главнаго Военнаго Суда, дѣяніе подсудимаго не можетъ быть подведено подъ 71 ст. XXII кн., потому что противозаконное обращеніе съ нимъ вахмистра не угрожало явною опасностью. Мы видимъ, что подсудимый ограничился обороной „въ мѣрѣ необходимой для личнаго самосохраненія", не обнаружилъ намѣренія нарушить чинопочитаніе, но подлежитъ отвѣтственности за то, что не позволилъ вахмистру нанести ударъ, опасность котораго зависѣла исключительно отъ размѣровъ физической силы этого вахмистра. Подсудимый былъ бы правъ, если бы онъ уклонился отъ удара, но для невмѣненія такого движенія въ вину нѣтъ надобности въ особомъ опредѣленіи закона. Можно, между прочимъ, сомнѣваться: былъ ли бы подсудимый освобожденъ отъ отвѣтственности, если бы не схватилъ руку вахмистра, а только подставилъ бы свою, предпочитая получить ударъ въ руку, а не въ лицо? *При отрицаніи явной опасности* дѣянія вахмистра, подсудимому могло быть вмѣнено въ вину поднятіе руки при разговорѣ съ начальникомъ, какъ нарушеніе воинскихъ приличій (лит. *а* 101 ст.).

Въ рѣшеніи 1899 г. № 91 подсудимый тоже защищался (схватился обѣими руками за рукавъ пальто офицера, намѣревавшагося его ударить) и опасность была болѣе чѣмъ явна, такъ какъ, послѣ взятія подсудимаго за руки посторонними нижними чинами, офицеръ три

раза ударилъ подсудимаго по лицу. Однако, дѣяніе подсудимаго было признано неприличнымъ и подведено подъ 2 ч. 97 ст. XXII кн.

Какія же дѣйствія имѣетъ въ виду 71 ст.? Представить ихъ себѣ невозможно, такъ какъ даже отступленіе подчиненнаго передъ наступающимъ офицеромъ, наносившимъ ему удары, было вмѣнено въ вину какъ неповиновеніе, въ виду того, что офицеръ приказывалъ подчиненному стоять на мѣстѣ (лично извѣстный случай изъ военно-судебной практики). Въ пользу заключенія о совершенной непримѣнимости указанной статьи закона служитъ, между прочимъ, рѣшеніе Главнаго Военнаго Суда 1888 г. № 170, въ которомъ по поводу 101 ст. улож. о наказ. и косвенно—71 ст. XXII кн. сказано слѣдующее: „дѣяніе подсудимаго С., заключающееся въ томъ, что онъ, послѣ взмаха на него урядникомъ Т. бутылью отъ вина, выхватилъ кинжалъ, *съ цѣлью* отраженія удара, не могло быть подведено подъ дѣйствіе 101 ст. Улож. о наказ. угол. и испр., такъ какъ, согласно точнаго смысла означенной статьи закона, состояніемъ необходимой обороны признается такое положеніе лица, совершающаго преступленіе или проступокъ, когда, для устраненія сдѣланнаго на это лицо нападенія, не представляется никакой возможности прибѣгнуть къ законной защитѣ“. Нельзя не замѣтить, что по „точному“ смыслу закона, онъ требуетъ „невозможности прибѣгнуть къ защитѣ *мѣстнаго или ближайшаго начальства*“, но не предусматриваетъ, во-первыхъ, тѣхъ случаевъ, когда нападаетъ это именно начальство, а затѣмъ не говоритъ, также какъ и 71 ст. XXII кн., о наказуемости *приготовленія* къ оборонѣ, какъ было въ данномъ случаѣ.

Послѣднее изъ приведенныхъ рѣшеній устанавливаетъ также тотъ принципъ, что 71 ст. XXII кн. ограничиваетъ право обороны только случаями нападенія *начальника* на подчиненнаго, но не старшаго на младшаго, когда имѣютъ силу общія правила Уложенія о наказ. угол. и испр. Съ этимъ истолкованіемъ Главнаго Военнаго Суда нельзя не согласиться.

Превышеніе обороны, за отсутствіемъ какихъ либо указаній въ законѣ, должно повлечь за собой наказаніе

по 97—98 ст. XXII кн., при чемъ судъ имѣетъ право примѣнить 109 ст. XXII кн. (признавъ превышеніе *обороны*, судъ будетъ обязанъ понизить нормальное наказаніе). Не подлежитъ сомнѣнію, что понесеніе подчиненнымъ тягчайшаго уголовнаго наказанія за дѣяніе, выразившееся, напримѣръ, въ ударѣ по рукѣ начальника, замахнувшагося ножомъ съ цѣлью лишенія жизни, совершенно не находитъ себѣ основаній въ требованіяхъ воинскаго чинопочитанія. Это сображеніе имѣлъ въ виду сенаторъ Капгеръ, настаивая на сохраненіи послѣдней части 97 ст. проекта, которая предоставляла суду широкій просторъ въ выборѣ назаній. Высочайше учрежденная комиссія, безъ всякихъ объясненій исключила это правило изъ проекта [1]).

Оборона третьихъ лицъ не допускается закономъ. Затѣмъ, въ немъ не указаны тѣ жизненныя блага, которыя могутъ быть защищаемы при противозаконномъ нападеніи начальника.

Послѣдніе два вопроса обратили на себя вниманіе комиссіи, разсматривавшей въ 1890 и 1891 г. г. проектъ общей части Воинскаго Устава. При этомъ комиссія признала нужнымъ „точно выразить въ проектированной статьѣ, что общій законъ ограничивается ею лишь для столкновеній, касающихся служебныхъ отношеній начальника и подчиненнаго". Въ виду чего комиссія полагаетъ, что при мало вѣроятномъ, но возможномъ посягательствѣ начальника на членовъ семьи подчиненнаго, можетъ имѣть примѣненіе 103 ст. Уложенія о наказ. [2]).

По вопросу же о благахъ, подлежащихъ охранѣ при нападеніи начальника, комиссія признала нужнымъ указать на опасность для жизни и здоровья, но не упоминать о посягательствѣ на свободу, такъ какъ такое посягательство, при отсутствіи опасности для здоровья, можетъ разсматриваться какъ мѣра дисциплинарная, не допускающая противодѣйствія со стороны подчиненнаго; если же лишеніе свободы угрожаетъ жизни и здоровью, то подчиненный имѣетъ право прибѣгнуть къ мѣрамъ защитительнымъ [3]).

---

[1]) Объясненія на журналъ Комиссіи стр. 258—259.
[2]) Разборъ замѣчаній и мотивы къ проекту ч. 2, стр. 32.
[3]) Тамъ-же стр. 37.

Въ виду этихъ соображеній проектированная ст. 83 была редактирована такъ: „общія правила о необходимой оборонѣ (ст. 101 и 103 улож. о наказ.) не примѣняются къ случаямъ нарушенія подчиненнымъ воинскаго чинопочитанія, вызваннымъ дѣйствіями начальника, исполнявшаго свою служебную обязанность....“, а далѣе указано на явную опасность нападенія для жизни и здоровья.

Совѣщаніе при главномъ Военно-Судномъ Управленіи, признавъ полезнымъ добавленіе словъ „и здоровью“, нашло редакцію первой части статьи менѣе удовлетворительной по сравненію съ существующей, которая отличается, по мнѣнію Совѣщанія, общностью и краткостью [1], а потому въ выработанномъ новомъ проектѣ (ст. 67) сохранило въ этой части редакцію 71 ст. XXII кн.

Не отрицая того обстоятельства, что редакція перваго проекта была нѣсколько неудачна въ стилистическомъ отношеніи, она устраняла возможность сомнѣній о примѣнимости общихъ правилъ о необходимой оборонѣ при нападеніи начальника въ частной жизни и на членовъ семьи подчиненнаго, тогда какъ послѣдняя редакція допускаетъ въ этомъ отношеніи сомнѣнія.

Нельзя въ заключеніе обойти молчаніемъ то существенно важное обстоятельство, что содержаніе 71 ст. XXII кн. и установленныя ею ограниченія совершенно не находятъ себѣ обоснованій въ исторіи русскаго военно-уголовнаго права и въ постановленіяхъ иностранныхъ законодательствъ.

XII.

Если по вопросу о необходимой оборонѣ въ военномъ быту, въ особенности при отношеніяхъ подчиненности между нападающимъ и обороняющимся, могутъ быть различныя мнѣнія, то въ отношеніи юридическаго значенія въ военно-уголовномъ правѣ состоянія крайней необходимости и психическаго принужденія, всѣ изслѣдователи и большинство законодательствъ совершенно единогласно отрицаютъ возможность невмѣненія въ вину

---

[1] Соображеніи Совѣщанія, стр. 97—98.

военнослужащему нарушенія обязанностей службы изъ страха личной опасности. Тождество мнѣній по этому вопросу объясняется безспорностью принципа, лежащаго въ основаніи самой идеи войска и вытекающаго изъ нея понятія о войсковой службѣ и обязанностяхъ воина.

Войско есть единеніе вооруженныхъ людей. Назначеніе его — борьба съ врагомъ, тоже вооруженнымъ. Борьба выражается въ нападеніи или оборонѣ, т. е. въ формѣ активнаго противодѣйствія непріятельской силѣ. Дѣятельность исключительно пассивная, т. е. защита, въ смыслѣ созданія препятствій, и уклоненіе отъ ударовъ врага—не требуетъ непосредственнаго участія человѣка, такъ какъ первая, защита, можетъ быть выполнена предметами неодушевленными, а второе, уклоненіе отъ опасности, возведенное въ систему, равносильно отсутствію войска или, выражаясь точнѣе, устраняетъ необходимость созданія источника такой силы, которая будетъ проявлять свое существованіе лишь въ формѣ отступленія передъ врагомъ. Борьба предполагаетъ побѣду одной изъ сторонъ и гибель или пораженіе другой. Борьба немыслима безъ жертвъ. Каждый воинъ долженъ быть готовъ во всякій моментъ принести въ жертву свою жизнь, если условія борьбы и воля верховнаго вождя того требуютъ. Способность покоряться волѣ вождя и жертвовать собой для блага войска—необходимое качество воина. Своеволіе уничтожаетъ возможность управленія войскомъ, а трусость заставляетъ каждаго быть сзади другихъ, т. е. вызываетъ бѣгство отъ врага.

Войсковая дѣятельность, какъ въ періодъ подготовительной службы мирнаго времени, такъ и въ моментъ столкновенія съ непріятелемъ, возлагаетъ на каждаго воина обязанности, выполненіе которыхъ необходимо для достиженія конечной цѣли бытія войска. Неисполненіе этихъ обязанностей всегда преступно, такъ какъ вредно для войска и противно волѣ вождя. Причина нарушенія обязанностей не можетъ имѣть значенія, если только субъектъ ея не былъ лишенъ въ моментъ дѣянія способности къ сознательному самоопредѣленію. Отсутствіе этой способности исключаетъ субъективную виновность, а слѣдовательно, и возможность вмѣненія содѣяннаго въ вину. Но отсутствіе сознанія и воли не равносильно трудности выбора между должнымъ и преступнымъ.

Въ основанiи каждаго сознательнаго дѣйствiя человѣка лежитъ мотивъ, т. е. представленiе о цѣли. Мотивы могутъ быть крайней разнообразны. Съ юридической точки зрѣнiя они раздѣляются на правомѣрные и преступные. Не касаясь вѣчно новаго вопроса о свободѣ воли, необходимо признать, что выборъ между дозволеннымъ, правомѣрнымъ, и недозволеннымъ, преступнымъ, безусловно возможенъ. Эта возможность доказывать уже тѣмъ безспорнымъ фактомъ, что число дѣянiй первой категорiи безконечно больше числа дѣянiй второй, а также тѣмъ—что число лицъ, не совершившихъ наказуемыхъ правонарушенiй, во много разъ превышаетъ число преступниковъ. Выборъ можетъ быть болѣе или менѣе труденъ. Желанiе достигнуть недозволенную цѣль можетъ быть въ одномъ случаѣ несравненное энергичнѣе, чѣмъ въ другомъ, а также и причины этой энергiи могуть быть обусловлены потребностью удовлетворить болѣе существенные интересы. Но каждый интересъ допускаетъ возможность отреченiя отъ него; каждому мотиву можетъ быть противопоставленъ иной мотивъ. Дѣятельность лица, психически принуждаемаго или находящагося въ состоянiи крайней необходимости, обусловлена мотивомъ непреступнымъ, желанiемъ спасти угрожаемое благо, но цѣль эта достигается преступнымъ, въ объективномъ смыслѣ, путемъ посягательства на блага третихъ лицъ, невиновныхъ въ возникновенiи опасности. Нельзя отрицать того факта, что посягательство это сознается лицомъ дѣйствующимъ и желается имъ, хотя не какъ цѣль сама по собѣ, а лишь какъ средство для достиженiя другой цѣли. Во имя этой послѣдней субъектъ дѣянiя пренебрегаетъ тѣмъ вредомъ, который неизбѣжно возникаетъ вслѣдствiе предпочтенiя личнаго интереса—интересу другого лица. Но помимо столковенiя интересовъ личныхъ, возможна коллизiя интереса личнаго съ общественнымъ или государственнымъ. Спасенiе блага можетъ быть обусловлено необходимостью нарушить обязанность. Если въ первомъ случаѣ законодатель можетъ прощать, не вмѣнять содѣянное въ вину, то во второмъ—эта возможность отсутствуетъ, такъ какъ обязанности въ отношенiи общества или государства устанавливаются во имя бытiя пер-

ваго или второго. Сумма дѣяній обязательныхъ для воина образуетъ собою понятіе о службѣ его и отказъ отъ одной или нѣсколькихъ обязанностей равносиленъ отреченію отъ этой службы, такъ какъ совершеніе, изъ числа обязательныхъ дѣяній, только тѣхъ, которыя въ данный моментъ совпадаютъ съ личнымъ желаніемъ субъекта, разрушаетъ самое понятіе обязательности дѣянія. Желаніе есть случайный психологическій актъ; обязательность есть предопредѣленный мотивъ дѣятельности. Совмѣстное же сотрудничество многихъ лицъ немыслимо, если дѣйствія ихъ поставлены въ зависимость отъ явленій случайныхъ, такъ какъ, при этомъ условіи, начальный и конечный моменты дѣятельности каждаго, а также — содержаніе и направленіе этой дѣятельности, могутъ придти къ совпаденію тоже лишь случайно.

Какъ было уже указано выше, солдатъ съ первыхъ моментовъ пребыванія въ рядахъ арміи поставленъ въ необходимость жертвовать личными интересами во имя интересовъ войска и воинскихъ обязанностей. Способность къ такому самопожертвованію, если не создается, то развивается воинскимъ воспитаніемъ, дисциплиной. Не подлежитъ сомнѣнію, что дисциплина не можетъ пересоздать человѣка, парализовать въ немъ совершенно чувство эгоизма и воплотить въ немъ идею долга. Такая цѣль мыслима какъ идеалъ, вообще недостижимый въ дѣйствительной жизни. Но доказанная опытомъ возможность приближенія къ этому идеалу и неизбѣжность стремленія къ нему, какъ залогу успѣшной дѣятельности войска, не позволяютъ снисходить къ человѣческой слабости и не позволяютъ прощать, не вмѣнять въ вину, нарушеніе обязанностей изъ страха личной опасности. Самопожертвованіе — обязанность нравственная, недоступная для непосредственнаго воздѣйствія закона, но за совершеніе дѣяній, доказывающихъ отсутствіе этой способности, лицо должно, во имя правопорядка и бытія государства, понести наказаніе, если нарушена юридическая норма и принесенъ вредъ интересу высшему.

Военно-уголовное право не можетъ признать состояніе крайней необходимости и психическаго принужденія причиной невмѣненія въ вину уже въ силу того

соображенія, что сознательная, разумная и систематичная борьба съ опасностью, съ одной стороны, и страхъ передъ этой опасностью,—съ другой, понятія несовмѣстимыя. Военно-уголовное право, какъ было уже указано выше, караетъ воина не за испытываемое имъ чувство страха, а за тѣ *дѣянія*, которыя вызваны желаніемъ *избѣжать* опасности. Если отраженіе опасности обязательно — уклоненіе отъ нея преступно; если избѣжаніе опасности вообще дозволено, но въ данный моментъ можетъ быть выполнено только путемъ нарушенія обязанности, — избраніе этого пути преступно и подлежитъ вмѣненію въ вину.

Характеръ угрожавшей опасности и нарушенной обязанности не имѣетъ въ этихъ случаяхъ значенія. Соотношеніе первой и второй можетъ быть принято во вниманіе при опредѣленіи *степени* вины и слѣдуемаго за нее наказанія, но не должно оказать вліянія не рѣшеніе самаго вопроса о виновности. Нѣтъ *обязанностей*, которыя менѣе обязательны чѣмъ другія. Нарушеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ можетъ угрожать большимъ вредомъ, а потому повлечетъ и болѣе тяжкое наказаніе, но немыслимо правомѣрное или дозволенное нарушеніе обязанности. Какъ бы ни была велика опасность и какъ бы ни былъ ничтоженъ вредъ отъ нарушенія обязанности, это нарушеніе должно быть вмѣнено въ вину, хотя можетъ повлечь за собой самое незначительное наказаніе. Рѣшеніе въ этихъ случаяхъ вопроса о виновности по принципу соразмѣрности блага спасаемаго и нарушаемаго — невозможно, не только за отсутствіемъ точнаго критерія этой соразмѣрности, но главнымъ образомъ въ виду совершенной несоизмѣримости права и обязанности. Какъ установить соотношеніе между тѣмъ, что я могу, и тѣмъ, что я долженъ совершить? Я долженъ уплатить моему кредитору нѣкоторую сумму денегъ, но если я не уплачу ее, то могу спасти жизнь нѣсколькихъ людей, не причинивъ вреда богачу-кредитору. Эта возможность, мое право дѣлать благодѣянія, нисколько не вліяетъ на обязательность договора. Часовой, охраняющій на пожарѣ имущество погорѣльцевъ и оставившій свой постъ потому, что ему лично угрожала опасность отъ огня, не можетъ найти себѣ оправ-

данія въ малой цѣнности имущества или въ своемъ добросовѣстномъ намѣреніи вознаградить собственниковъ въ случаѣ пропажи порученныхъ его охранѣ вещей, такъ какъ фактъ возмѣщенія убытковъ не уничтожаетъ факта нарушенія обязанности.

Въ равной мѣрѣ невозможно обусловить вмѣнимость нарушенія обязанности безполезностью борьбы съ угрожавшею опасностью. Moriaud, высказывающій противоположное мнѣніе, приводитъ слудующій примѣръ. Начальникъ тюрьмы, вслѣдствіе угрозы лишеніемъ жизни, передаетъ ключи отъ мѣстъ заключенія лицу угрожающему, которое намѣревается освободить преступниковъ. Нарушеніе обязанности не должно быть, по мнѣнію автора, вмѣнено въ вину, такъ какъ сопротивленіе безцѣльно; въ случаѣ неисполненія противозаконнаго требованія, угроза будетъ приведена въ исполненіе и лицо угрожавшее безпрепятственно завладѣетъ ключами [1]). Принятіе этого принципа равносильно дозволенію многихъ преступленій. Такъ, не должно, напримѣръ, быть вмѣнено въ вину, если исходить изъ соображеній Moriaud, дѣйствія того начальника тюрьмы, который, видя рѣшимость преступниковъ сломать двери тюрьмы и сознавая достаточность имѣющихся у нихъ для этого средствъ и безполезность сопротивленія, передастъ имъ ключи, дабы избѣжать излишняго поврежденія ввѣреннаго его попеченію зданія. Безполезность моей правомѣрной дѣятельности нисколько не освобождаетъ меня отъ отвѣтственности за дѣяніе преступное, также какъ и ненужность, для достиженія преступной цѣли, моего содѣйствія не можетъ служить причиной невмѣненія содѣяннаго при моемъ участіи преступленія. Въ случаѣ нарушенія служебной обязанности лицо карается совершенно независимо отъ наличности или отсутствія вредныхъ послѣдствій. Нарушеніе нѣкоторыхъ обязанностей можетъ даже, въ исключительныхъ случаяхъ, имѣть полезныя для общества и государства послѣдствія, но нарушеніе не утратитъ значенія преступности. Мздоимецъ (по терминологіи нашего улож. о наказ.) можетъ вслѣдствіе полученія доброхотныхъ даяній съ особымъ рве-

---

[1]) Du délit nécessaire, p. 304.

ніемъ и тщательностью исполнять свои служебныя обязанности, но изъ этого еще не слѣдуетъ, что фактъ мздоимства можетъ быть невмѣненъ ему въ вину. Въ приведенномъ выше примѣрѣ начальникъ тюрьмы дѣйствуетъ сознательно и, предвидя вредныя послѣдствія, нарушаетъ свои служебныя обязанности. Поэтому, если въ принципѣ психическое принужденіе не признается причиной невмѣненія при нарушеніи служебныхъ обязанностей, то и безполезность сопротивленія такому принужденію не можетъ освободить лицо обязанное отъ отвѣтственности за нарушеніе.

Безполезность сопротивленія — понятіе до чрезвычайности растяжимое и неопредѣлнное. Польза правомѣрной дѣятельности и противодѣйствія преступленію можетъ носить нѣсколько идеальный характеръ, которымъ, однако, нельзя пренебрегать, а сверхъ того крайне мало вѣроятно совершенное отсутствіе реальныхъ результатовъ борьбы съ преступностью и насиліемъ. Польза идеальная заключается въ воздѣйствіи на волю нападающаго, степень напряженія которой будетъ тѣмъ меньше, чѣмъ меньше противодѣйствіе нападенію. Слѣдовательно, достиженіе цѣли, при отсутствіи сопротивленія, будетъ всегда облегчено нападающему или принуждающему и потребуетъ отъ него меньшаго напряженія энергіи и меньшей затраты средствъ, которыхъ можетъ быть было бы недостаточно для преодолѣнія сопротивленія. Затѣмъ, самопожертвованіе одного воодушевляетъ многихъ и увеличиваетъ ихъ способность къ борьбѣ. Наконецъ, провозглашеніе принципа обязательности только очевидно полезной борьбы съ принужденіемъ откроетъ широкій путь преступленію, развязавъ, такъ сказать, руки лицамъ обязаннымъ и сообщивъ больше смѣлости нападающему.

Эти соображенія пріобрѣтаютъ особенно важное значеніе въ отношеніи боевой дѣятельности войска, когда кажущаяся безполезность борьбы съ подавляющимъ количественно и качественно непріятелемъ будетъ служить, по мнѣнію многихъ, причиной невмѣненія въ вину сдачи воинскихъ частей этому непріятелю. Заслуживаетъ вниманія мнѣніе по этому вопросу Наполеона I, высказанное имъ въ Comentaires къ Précis des guerres de

Frideric [1]) „Какъ долженъ поступить начальникъ отряда, окруженный превосходящими силами непріятеля?... Въ чрезвычайномъ положеніи нужно и чрезвычайное рѣшеніе; чѣмъ упорнѣе будетъ сопротивленіе, тѣмъ болѣе будетъ вѣроятности получить помощь или пробиться... Чѣмъ болѣе вы будете сопротивляться, тѣмъ болѣе причините вы вреда непріятелю и тѣмъ менѣе будетъ онъ имѣть на завтра силъ напасть на другой отрядъ вашей арміи". „Уклоненіе отъ опасности, которое ухудшаетъ положеніе вашихъ товарищей, есть, очевидно, низость" (стр. 491).

Состояніе крайней необходимости выражается въ такомъ положеніи лица, когда ему *угрожаетъ* неотвратимая *опасность* утраты нѣкотораго блага, если это лицо не совершитъ посягательства на благо другого.

Если признать доказанной и безспорной невозможность невмѣненія въ вину служебныхъ, воинскихъ преступленій, совершенныхъ *изъ страха личной опасности*, то возникаетъ необходимость рѣшить слѣдующій, вытекающій изъ этого принципа, вопросъ. Можно - ли признать въ военно-уголовномъ правѣ причиной невмѣненія воинскихъ преступленій такое состояніе лица, когда угрожавшая опасность приняла форму реальнаго посягательства на благо? Въ общемъ уголовномъ правѣ рѣшеніе этого вопроса не представляетъ никакихъ затрудненій. Если угроза неотвратимой опасностью служитъ причиной невмѣненія, то тѣмъ болѣе реальный вредъ, приближающійся по своему характеру къ физическому принужденію, устраняетъ возможность вмѣненія въ вину. Но въ военно-уголовномъ правѣ такое рѣшеніе не можетъ быть принято. Создается ли опасность силами природы или дѣйствіями человѣка она указываетъ только на вѣроятность вреда тому или другому благу; вѣроятность эта непрерывно приближается къ факту и, наконецъ, можетъ стать таковымъ. Требуя совершенія преступнаго дѣянія мнѣ угрожаютъ ножомъ въ случаѣ отказа; я преодолѣваю страхъ и не исполняю требованія. До этого момента для меня существуетъ лишь опасность посягательства на мою жизнь и на мое здо-

[1]) Приведено у Pradier-Fodéré, Commentaire p. 492.

ровье. Но вслѣдъ за моимъ отказомъ лицо принуждающее наносить мнѣ удары ножомъ, причиняетъ мнѣ физическія страданія, настаивая на покорности его преступной волѣ. Съ момента нанесенія удара нельзя уже говорить объ *угрожающей опасности*, такъ какъ послѣдовалъ реальный вредъ. Продолжаетъ существовать опасность смерти, но физическія страданія уже перешли изъ стадіи вѣроятности въ категорію фактовъ. Эта форма преступнаго воздѣйствія занимаетъ среднее положеніе между психическимъ и физическимъ принужденіемъ. Воздѣйствующая сила не вызываетъ непосредственно движеній органовъ моего тѣла, а стремится путемъ болевыхъ ощущеній, вызвать желаемый мотивъ и соотвѣтствующую ему дѣятельность. Если подъ вліяніемъ такой формы принужденія военнослужащій нарушитъ обязанности службы, — подлежитъ ли содѣянное вмѣненію въ вину? Какъ положительный, такъ и отрицательный отвѣтъ можетъ вызвать болѣе или менѣе серьезныя возраженія. Съ субъективной точки зрѣнія большинства людей физическія страданія страшнѣе смерти. Доказательствомъ вѣрности такого обобщенія можетъ, отчасти, служить упраздненіе пытокъ при сохраненіи смертной казни. Запрещеніе пытокъ послѣдовало ранѣе реформы процесса (напримѣръ въ Россіи) и было вызвано не только убѣжденіемъ въ неудовлетворительности этого способа раскрытія преступленій, но и соображеніями гуманитарными, которыя, однако, не вызвали совершенной отмѣны смертной казни. Отсюда можно было бы вывести заключеніе, что въ силу тѣхъ же гуманитарныхъ соображеній слѣдуетъ признать причиной невмѣненія не только въ гражданскомъ, но и въ военномъ быту эту исключительную форму психо-физическаго принужденія. Возможно, однако, возразить противъ такого рѣшенія вопроса, что боевая служба воина во многихъ случаяхъ есть непрерывный рядъ физическихъ страданій отъ голода, холода и физической боли. Эти страданія и лишенія неразрывно связаны съ боевой дѣятельностью, а перенесеніе ихъ есть одна изъ обязанностей воина. Всякая попытка уклониться отъ дѣятельности служебной, другими словами, нарушить подъ давленіемъ этихъ страданій обязанность совмѣстнаго со-

трудничества, не можетъ быть признана дѣяніемъ невмѣнимымъ въ вину, такъ какъ существованіе человѣчества немыслимо безъ борьбы, эта послѣдняя невозможна безъ войска, а служба войска неизбѣжно требуетъ жертвъ. Содѣянное подъ вліяніемъ физической боли должно быть вмѣнено въ вину, но законъ можетъ предоставить суду право особаго смягченія наказаній.

Принципъ вмѣненія въ вину дѣяній, совершенныхъ въ военномъ быту въ состояніи крайней необходимости, долженъ получить примѣненіе ко всѣмъ воинскимъ преступленіямъ, какъ они опредѣлены въ гл. II этой работы. Въ виду этого не только подчиненный, нарушившій свою обязанность въ отношеніи начальника для спасенія личнаго блага, которому угрожала неотразимая опасность, но и начальникъ, спасшій свою жизнь цѣною жизни подчиненнаго, долженъ нести полную за это отвѣтственность, такъ какъ обязанность самопожертвованія со стороны подчиненнаго не можетъ быть больше той, которая лежитъ на его воспитателѣ и руководителѣ. Примѣнительно къ школьному примѣру спасенія при помощи одной доски двухъ утопающихъ, можно сказать: преступенъ подчиненный, столкнувшій начальника для своего спасенія, но преступенъ и начальникъ, пожертвовавшій жизнью подчиненнаго для своего блага. Соображеніе о большей необходимости для войска жизни начальника, не можетъ быть принято, такъ какъ жизнь труса и эгоиста войску не нужна. Великая мысль по этому вопросу выражена въ уставѣ внутренней службы французской и бельгійской арміи: les membres de la hiérarchie militaire doivent traiter leurs inférieurs avec bonté...., leur porter tout l'intérêt et avoir envers eux tous les égards dus à des hommes dont la valeur et le dévouement procurent leurs succès et préparent leur gloire [1]. Славу начальника создаютъ его подчиненные. Умѣй съ ними побѣждать, но также умѣй вмѣстѣ съ ними умирать.

---

[1]) Французскій уставъ, стр. 6, бельгійскій, стр. 2.

XIII.

Обратившись къ разсмотрѣнію военныхъ законодательствъ мы встрѣчаемся, по вопросу о вліяніи на вмѣненіе въ вину состоянія крайней необходимости, съ фактомъ до нѣкоторой степени страннымъ. Только нашъ Воинскій Уставъ о наказаніяхъ, кодексы германскій и италіанскій содержатъ постановленія, непосредственно отвергающія юридическое значеніе чувства страха въ случаяхъ нарушенія служебныхъ обязанностей. Швейцарскій военно-уголовный кодексъ даетъ по этому вопросу лишь косвенный отвѣтъ. Австрійское военно-уголовное уложеніе повторяетъ дословно постановленія общаго уголовнаго закона, а кодексы французскій и бельгійскій оставляютъ вопросъ совершенно безъ разрѣшенія. Составитель французскаго военнаго кодекса, Foucher, и комментаторы австрійскаго и бельгійскаго кодексовъ не даютъ, по поводу этого умолчанія въ законѣ, никакихъ объясненій. Въ отношеніи австрійскаго законодательства мы находимъ въ данномъ случаѣ болѣе или менѣе точныя указанія въ постановленіяхъ Dienst-Reglement; что же касается французскаго и бельгійскаго кодексовъ, то, въ виду 202 art. Code de justice militaire и 58 art. Code pénal militaire, необходимо заключить, что по вопросу о принужденіи и крайней необходимости къ дѣяніямъ военнослужащихъ, за нѣкоторыми исключеніями, примѣняется законъ общій.

Русское военно-уголовное законодательство уже со временъ Императора Петра I исключало, съ большей или меньшей опредѣленностью, изъ числа причинъ невмѣненія состояніе крайней необходимости и психическаго принужденія. Принципъ вмѣнимости въ вину служебныхъ нарушеній, совершенныхъ подъ вліяніемъ страха за личную безопасность, не былъ, до изданія Устава Военно-Уголовнаго, выраженъ въ какой либо точной формѣ, а упоминался въ законѣ въ различныхъ случаяхъ при опредѣленіи отвѣтственности за нѣкоторыя преступленія. Такъ, въ Уложеніи Шереметева нарушеніе служебныхъ обязанностей изъ страха личной опасности предусмотрѣно ст. 43 и 131. Первая изъ этихъ

статей говорила объ уклоненіи отъ сраженія изъ трусости: „который начальникъ или солдатъ на бою или въ приступѣ.... назади хоронится или трусить станетъ свое мѣсто покиня“ и предоставляла каждому право убить труса. Аналогичное постановленіе содержалось въ 131 статьѣ. Краткій Артикулъ въ ст. 5 гл. VIII повторялъ лишь въ иной редакціи статью 43 Уложенія.

Въ Артикулѣ Воинскомъ замѣтна нѣсколько большая опредѣленность понятія крайней необходимости, о которой упоминается по поводу различныхъ преступленій. Но при этомъ обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что законодатель не находилъ, повидимому, возможнымъ совершенно отрицать, при опредѣленіи виновности лица, его подавленнаго страхомъ состоянія духа, а потому допускалъ особое смягченіе наказанія и даже полную безнаказанность въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Однако, по общему смыслу закона, это освобожденіе отъ отвѣтственности не имѣло значенія невмѣненія содѣяннаго въ вину, а *приближалось* къ той формѣ „прощенія“ преступника, которую мы встрѣчаемъ въ дѣйствующемъ французскомъ и бельгійскомъ кодексѣ подъ именіемъ „cas d'excuse absolutoire.“

Артикулъ 94, предусматривавшій оставленіе поля сраженія и покинутіе знамени и предписывавшій — виновныхъ „безъ процессу на первомъ деревѣ, которое прилучится“ повѣсить, въ толкованіи говорилъ — „а не смѣлые и боязливые, по изобрѣтенію дѣла и состоянію особъ, по благоизобрѣтенію суда, пощажены бываютъ.“ Трудно рѣшить—кого законодатель разумѣлъ въ данномъ случаѣ подъ имѣніемъ „не смѣлыхъ“ и „боязливыхъ,“ а также невозможно отвѣтить на вопросъ: кто отдѣлялъ „боязливыхъ“, которые „по благоизобрѣтенію *суда* пощажены бываютъ“, отъ другихъ виновныхъ, которые, будучи „въ роту или полкъ отданы, *тамо безъ процессу*“ подлежали повѣшанію „на первомъ деревѣ“. Профессоръ Шендзиковскій объясняетъ это постановленіе гуманными соображеніями законодателя [1]. Редакція закона, говорящаго въ данномъ случаѣ о пощадѣ, можетъ служить въ пользу такого истолкованія. Въ другихъ постановленіяхъ

---

[1]) Конспектъ стр. 66.

законъ употреблялъ выраженія „вина отпустится“ (арт. 79) или „оный отъ всякаго наказанія свободенъ“ (арт. 156), или „наказаніе.... обыкновенно умаляется или весьма оставляется, ежели кто...“ (арт. 195), тогда какъ о „пощадѣ“, кромѣ указаннаго артикула 94, упоминалось еще лишь въ арт. 97, предусматривавшемъ бѣгство воинскихъ частей отъ непріятеля. Безспорное истолкованіе арт. 94, полагаю, совершенно невозможно. Во всякомъ случаѣ законодатель не имѣлъ намѣренія создавать этимъ постановленіемъ общую причину невмѣненія, а допускалъ лишь прощеніе отдѣльныхъ лицъ, не способныхъ по своимъ индивидуальнымъ качествамъ противостоять чувству страха, и ставилъ это прощеніе въ зависимость отъ обстоятельствъ дѣла и внутренняго убѣжденія суда. Что же касается вопроса о тѣхъ фактахъ, которые могли служить доказательствомъ „невинности“ по 97 арт., то этотъ вопросъ остается совершенно открытымъ, за отсутствіемъ какихъ либо необходимыхъ для его разрѣшенія указаній. Предполагать въ данномъ случаѣ со стороны законодателя практическія соображенія, въ силу которыхъ наименѣе виновные при массовыхъ преступленіяхъ освобождаются отъ отвѣтственности,—невозможно, такъ какъ арт. 97 раздѣлялъ всѣхъ виновныхъ на три группы: начальные, десятые по жребію и „прочіе“. Въ заключительной же фразѣ говорилось о тѣхъ, которые могутъ „невинность свою оказать“.

Состояніе крайней необходимости Артикулъ признавалъ причиною невмѣненія (условной) при нарушеніяхъ воинскихъ обязанностей лишь въ одномъ случаѣ, а именно при сдачѣ крѣпости (арт. 195 предусматривалъ преступленіе неслужебное—кражу). Артикулъ 123 опредѣлялъ „причины, которыхъ ради комендантъ, офицеры и солдаты извинены быть могутъ, когда крѣпость сдается“ и въ пунктѣ первомъ указывалъ на одну изъ этихъ причинъ—„крайній голодъ, когда ничего не будетъ, чѣмъ человѣкъ питатися можетъ, имѣя напередъ всевозможную въ пищѣ бережливость.“ Эта причина невмѣненія, однако, была не безусловна и не освобождала отъ отвѣтственности тѣхъ „кои имѣютъ указъ, до послѣдняго человѣка оборонятися.“ Получившіе та-

кой указъ обязаны были „никакой нужды ради не капитуловать съ непріятелемъ и крѣпости не отдавать“.

Артикулъ Воинскій предусматривалъ кромѣ того физическое принужденіе какъ причину невмѣненія. При просрочкѣ отпуска „знатными причинами“ промедленія признавались, между прочимъ, арестованіе опаздавшаго и препятствіе со стороны непріятеля (арт. 100).

Въ Уставъ Военно-Уголовный было внесено точное постановленіе по данному вопросу, допускавшее, какъ сейчасъ увидимъ, невмѣненіе въ вину только при физическомъ принужденіи. Ст. 115 имѣла слѣдующую редакцію: „преступленіе, учиненное служащимъ въ военномъ вѣдомствѣ по насильству.... не вмѣняется въ вину, когда будетъ доказано и судомъ признано, что принужденіе точно было насильственно и непреодолимо...“. Законъ не упоминалъ объ опасности, угрожавшей лицу, а имѣлъ въ виду лишь насильственное, непреодолимое принужденіе, которое признавалось причиной невмѣненія при всѣхъ преступленіяхъ военнослужащихъ.

Эта статья закона даетъ намъ, между прочимъ, возможность судить о томъ, какъ составители Устава пользовались предшествовавшими законодательными сборниками. Подъ ст. 115 устава военно-уголовнаго указаны артикулы, послужившіе для нея основаніемъ, а именно 167 и 168, предусматривающіе изнасилованіе женщины. Очевидно, выраженіе „преступленіе по насильству“ по созвучію было уподоблено „насильству“ надъ женщиной.

Сенаторъ Капгеръ, составляя проектъ Воинскаго Устава, истолковалъ, вѣроятно, 115 ст. Уст. В. Угол. въ иномъ смыслѣ, по сравненію съ изложеннымъ выше, такъ какъ внесъ въ ст. 139 проекта постановленіе совершенно непонятное. Пунктъ 2 указанной статьи, перечислявшей причины невмѣненія, былъ слѣдующаго содержанія: „принужденіе отъ превосходящей непреодолимой силы, когда подсудимый при томъ не нарушилъ обязанностей своего званія“. Какимъ образомъ при воздѣйствіи *превосходящей непреодолимой* силы можетъ быть *нарушена* обязанность, а также—какое *дѣяніе* можетъ въ этомъ случаѣ быть вмѣнено въ вину? Вопросъ этотъ, полагаемъ, совершенно неразрѣшимъ. Обязан-

ность можетъ быть нарушена тогда, когда *дѣяніе* было вызвано желаніемъ избѣжать опасность, но недостаточность человѣческихъ силъ для измѣненія законовъ природы и законовъ физическихъ никогда не разсматривалась какъ причина уголовной отвѣтственности. Если кто либо неожиданно толкнетъ меня сзади съ цѣлью вызвать этимъ путемъ паденіе стоящаго впереди меня начальника, то при всей преданности моей долгу службы и при полномъ сознаніи важности чинопочитанія, я не буду въ состояніи своею волею измѣнить законы паденія вѣсовыхъ тѣлъ.

Статья эта не вошла въ послѣдующіе проекты, такъ какъ была исключена въ полномъ объемѣ Генералъ-Аудиторіатомъ. Она, дѣйствительно, была излишней, въ въ виду существованія въ проектѣ особой статьи, предусматривавшей случаи совершенія дѣяній въ состояніи крайней необходимости или подъ вліяніемъ принужденія. Ст. 146 перваго проекта повторяла ст. 106 Улож. 1845 г. съ добавленіемъ къ этой послѣдней слѣдующихъ словъ: „если впрочемъ онъ (т. е. совершившій дѣяніе) при исполненіи своихъ обязанностей, какъ воинъ, не оказалъ малодушія и не измѣнилъ долгу присяги". Неопредѣленность содержанія понятій о „малодушіи и измѣнѣ долгу присяги" была, вѣроятно, признана самимъ составителемъ проекта, такъ какъ во вторымъ проектѣ, несмотря на принятіе ст. 146 безъ измѣненій Генералъ-Аудиторіатомъ (ст. 148), сенаторъ Капгеръ сдѣлалъ въ 95 ст. слѣдующее поясняющее добавленіе: „всякое нарушеніе обязанностей службы изъ страха личной опасности, если въ самомъ законѣ не положено особаго наказанія, наказывается всегда съ тою же строгостью, какъ и содѣянное съ намѣреніемъ".

Высочайше учрежденная Комиссія, вопреки мнѣнію сенатора Капгера, признававшаго необходимымъ сохраненіе всей статьи безъ измѣненія, перенесла въ свой проектъ (ст. 66) только это послѣднее постановленіе [1]), которое въ дѣйствительности являлось изъятіемъ изъ правилъ общаго уголовнаго закона и было ясно само по себѣ, независимо отъ первой части статьи.

---

[1]) Объясненія на журналъ Высочайше учрежденной Комиссіи, стр. 254—255.

Редакція 66 ст. проекта Комиссіи была принята при всѣхъ послѣдующихъ пересмотрахъ и сохранилась въ дѣйствующемъ законѣ.

По соображеніямъ изложеннымъ въ предыдущей главѣ, никакихъ принципіальныхъ возраженій противъ 70 ст. XXII кн. не можетъ быть сдѣлано. Но редакцію статьи нельзя признать вполнѣ удовлетворительной. Какъ было уже указано, принужденіе къ преступному дѣянію можетъ выразиться не только въ угрозахъ, вызывающихъ чувство страха передъ опасностью, но и въ непосредственномъ воздѣйствіи на тѣло въ формѣ причиненія физическихъ страданій. Между тѣмъ законъ не упоминаетъ объ этой высшей формѣ принужденія и какъ бы допускаетъ, при наличности этого послѣдняго, возможность невмѣненія въ вину. Имѣя въ виду, что статьею 70 законодатель желалъ *ограничить* примѣнимость къ военнослужащимъ соотвѣтствующей статьи закона общаго (ст. 100), который говоритъ объ *опасности* для жизни, слѣдовало бы внести въ законъ военный необходимую въ этомъ отношеніи поправку. Она тѣмъ болѣе будетъ умѣстна, что въ ст. 70 не указано то благо, угроза которому не служитъ причиной невмѣненія въ вину. Разграниченіе угрозъ и непосредственнаго принужденія (не въ формѣ vis absoluta) проведено, напримѣръ, въ проектѣ уголовнаго уложенія, исправленномъ въ Особомъ Совѣщаніи. Въ объясненіяхъ къ ст. 46 проекта (прежняя 38 ст.) сказано, что „подъ понятіемъ незаконнаго принужденія должно будетъ разумѣть остальные, кромѣ угрозы, виды психическаго принужденія, какъ напримѣръ, принужденіе посредствомъ насилія, причиненія боли и т. п.“ [1]). Примѣнительно къ проектированной 46 ст. уложенія статья 70 XXII кн. могла бы быть изложена такъ: „всякое нарушеніе обязанностей службы, учиненное для спасенія собственной жизни или жизни другого лица отъ опасности, которая произошла вслѣдствіе угрозы, принужденія или иной причины, подлежитъ вмѣненію въ вину..“. При этой редакціи было бы очевидно, что физическія страданія и

---

[1]) Проектъ уголовнаго уложенія, исправленный по заключеніямъ Особаго Совѣщанія, стр. 138.

опасность лишиться жизни не освобождаютъ военнослужащаго отъ исполненія служебныхъ обязанностей. Затѣмъ устранилась бы возможность сомнѣній о томъ значеніи, которое законъ придаетъ опасности, угрожающей третьимъ лицамъ, напримѣръ, близкимъ роднымъ военнослужащаго, нарушающаго свои обязанности. Сомнѣніе это, съ теоритической точки зрѣнія, возможно въ отношеніи 70 ст., такъ какъ она упоминаетъ только о личной опасности, и точное значеніе этого выраженія можетъ быть установлено только при сопоставленіи ст. 70 XXII кн. съ 100 ст. Улож. о наказ.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что заключительныя слова 70 ст. не отвѣчаютъ понятію психическаго принужденія. Принуждаемый къ преступному дѣянію всегда совершаетъ его „съ намѣреніемъ". Если часовой покинетъ постъ подъ вліяніемъ угрозъ, то невозможно будетъ утверждать, что онъ сдѣлалъ это безъ намѣренія, случайно. Побужденія къ преступленію могутъ быть различны: корысть, злоба, страхъ, но по общему правилу побужденіе не вліяетъ на преступность дѣянія, а можетъ отразиться лишь на наказуемости. Если законодатель не признаетъ возможнымъ уменьшить наказаніе за нарушеніе обязанностей, учиненное подъ вліяніемъ принужденія, то можетъ указать въ законѣ, что отвѣтственность въ подобныхъ случаяхъ опредѣляется на общихъ основаніяхъ. При буквальномъ же примѣненіи ст. 70 чувство страха, побудившее военнослужащаго нарушить служебную обязанность, получаетъ значеніе особо увеличивающаго вину обстоятельства, вліяющаго даже на квалификацію преступленія, такъ какъ Воинскій Уставъ требуетъ для нѣкоторыхъ преступленій спеціальнаго умысла (ст. ст. 126, 127, 159, 176, 231, 234, 240 и др.). Изъ предыдущаго же изложенія мы видѣли, что законодатель не предполагалъ внесеніемъ 70 ст. усилить репрессію закона, а желалъ лишь устранить возможность нарушенія обязанностей изъ трусости. На неудовлетворительность въ этомъ отношеніи 70 ст. указываетъ также профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, замѣчающій совершенно справедливо, что упомянутая статья закона не должна измѣнять состава тѣхъ преступленій, которыя требуютъ спеціаль-

наго умысла [1]). Между тѣмъ выраженіе „наказывается съ тою же строгостью, какъ и содѣянное съ намѣреніемъ“, обязываетъ, при буквальномъ его истолкованіи, примѣнять указанныя выше статьи при отсутствіи такого умысла.

Въ проекты воинскаго устава генерала Гольмблята и Совѣщанія при Главномъ Военно-Судномъ Управленіи статья 70 перенесена безъ всякихъ измѣненій, и при обсужденіи ея не вызвала существеннныхъ замѣчаній (ст. 82 и ст. 66) [2]).

Если мы сравнимъ постановленія 70 ст. XXII кн. съ § 49 германскаго военно-уголовнаго кодекса, то убѣдимся, что редакція ихъ тождественна (выпущена лишь фраза „если въ законѣ не положено особаго за то наказанія“). Слѣдовательно, повидимому, сдѣланныя выше замѣчанія по поводу ст. 70 должны найти себѣ примѣненіе и въ отношеніи германскаго законодательства. Но такой выводъ будетъ совершенно ошибоченъ, по слѣдующимъ основаніямъ. Германскій кодексъ предусматриваетъ особо случаи нарушенія служебныхъ обязанностей изъ страха личной опасности и опредѣляетъ за такія нарушенія спеціальное наказаніе независимо отъ состава преступленія. Въ § 87 мы читаемъ: „кто въ другихъ, кромѣ упомянутыхъ въ §§ 84 и 85, случаяхъ изъ боязни личной опасности нарушитъ воинскую служебную обязанность, наказывается лишеніемъ свободы [3]) до трехъ лѣтъ; вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ быть опредѣленъ и переводъ во второй классъ“. Въ §§ 84 и 85 предусмотрѣны случаи проявленія трусости во время сраженія и нарушенія воинскихъ обязанностей въ бою. Во всѣхъ другихъ случаяхъ, какое бы ни было совершенно воинское преступленіе, хотя бы влекущее за собой болѣе строгое наказаніе, отвѣтственность всегда опредѣляется по § 87, *если причина преступленія* — страхъ передъ угрожавшей личности опасностью [4]). Такое рѣшеніе вопроса совершенно измѣняетъ значеніе

---

[1]) Воен. уг. пр. ч. общ. стр. 276—277.

[2]) Разборъ замѣчаній и мотивы, т. II, стр. 30.

[3]) т. е. арестомъ до шести недѣль или заключеніемъ въ тюрьмѣ до 1 года, или въ крѣпости до 3 лѣтъ.

[4]) Сравн. Solms (1883) стр. 87.

§ 49, который выражаетъ лишь то положеніе, что состояніе крайней необходимости и психическаго принужденія не служитъ причиной невмѣненія въ вину воинскихъ преступленій. Но вмѣстѣ съ тѣмъ законъ не говоритъ, что преступленія, учиненныя вслѣдствіе страха, но требующія спеціальнаго умысла, наказываются при отсутствіи этого послѣдняго такъ, какъ бы этотъ умыселъ дѣйствительно былъ въ сознаніи виновнаго. Нашъ законъ создаетъ фикцію, наказываетъ за умыселъ, котораго нѣтъ; германскій же кодексъ избралъ несравненно болѣе правильную систему. Нарушеніе обязанностей есть только поводъ для наказанія, причина же этого послѣдняго лежитъ въ малодушіи, въ трусости военнослужащаго. За эту трусость, проявленную въ дѣйствіяхъ вредныхъ или опасныхъ, онъ и несетъ отвѣтственность.

Практическое значеніе для военнослужащихъ установленнаго § 49 изъятія, заключается въ томъ, что §§ 52 и 54 общаго германскаго уложенія утрачиваютъ свою силу въ отношеніи преступленій, предусмотрѣнныхъ военнымъ кодексомъ. Но изъ текста § 49 очевидно, что это изъятіе касается только психическаго принужденія (§ 52) и состоянія крайней необходимости (§ 54). Принужденіе же непреодолимой физической силы (unwiderstehliche Gewalt) [1]) (§ 52) служитъ причиною невмѣненія и въ военномъ быту. Этотъ выводъ основанъ на томъ соображеніи, что § 49 военнаго кодекса упоминаетъ только о нарушеніяхъ изъ *страха личной опасности*, т. е. о такомъ воздѣйствіи на чувство человѣка, при которомъ возможенъ выборъ между дозволеннымъ и запрещеннымъ. При физическомъ же принужденіи *чувство страха* никакого юридическаго значенія не имѣетъ.

Редакція § 49 допускаетъ сомнѣніе по вопросу о вмѣненіи въ вину воинскихъ нарушеній, вызванныхъ чувствомъ страха за близкихъ лицъ, которымъ угрожала опасность. § 52 общаго германскаго уложенія допускаетъ невмѣненіе и въ тѣхъ случаяхъ, когда угроза имѣетъ своимъ объектомъ жизнь или здоровье близкихъ

---

[1]) Olshausen, Kommentar, s. 233, § 52, p. 3.

лицъ, родственниковъ. Такъ какъ § 49 военнаго кодекса упоминаетъ только о *личной* опасности, то, повидимому, въ тѣхъ случаяхъ, когда опасность угрожаетъ не тому военнослужащему, который нарушаетъ обязанность, а его близкимъ родственникамъ, § 49 не долженъ получать примѣненія. Въ этомъ именно смыслѣ даетъ истолкованіе § 49 Binding [1]), который однако, считаетъ необходимымъ примѣненіе § 49, если эти родственники также состоятъ на военной службѣ. Не говоря уже о томъ, что послѣднее условіе совершенно не находитъ себѣ основаній въ законѣ, невозможно вообще согласиться съ даннымъ истолкованіемъ, такъ какъ оно противорѣчитъ принципу самопожертвованія, лежащему въ основаніи военной службы. Интересы семейные не могутъ отмѣнять собою воинскихъ обязанностей, которыя имѣютъ своей конечной цѣлью охрану общаго блага. Принятіе принципа, установленнаго Биндингомъ, сдѣлаетъ военную службу совершенно невозможной, такъ какъ вторженіе непріятеля въ мѣстность, гдѣ живутъ родственники военнослужащихъ, дастъ послѣднимъ право покинуть ряды арміи для спасенія своихъ близкихъ.

Содержаніе § 49 убѣждаетъ, между прочимъ, въ непримѣнимости къ дѣяніямъ военнослужащихъ, при оборонѣ ихъ отъ противозаконнаго нападенія начальника, второй части § 53 общаго германскаго уложенія, допускающаго невмѣненіе въ вину превышенія обороны, если это превышеніе было вызвано чувствомъ страха или ужаса, испытаннаго лицомъ, подвергшимся нападенію.

Съ замѣчательной точностью и въ томъ же смыслѣ разрѣшаетъ данный вопросъ италіанскій военно-уголовный кодексъ, который въ art. 56 объявляетъ непреступными дѣянія, учиненныя военнослужащимъ подъ давленіемъ непреодолимой силы, а затѣмъ поясняетъ, что въ отношеніи преступленій, поименованныхъ въ первыхъ шести главахъ 2 раздѣла военнаго кодекса, причиной, устраняющей преступность дѣянія, можетъ быть только воздѣйствіе матеріальной, т. е. физической силы. Иными словами, законъ признаетъ причиной не-

---

[1]) Handbuch, s. 781.

вмѣненія, въ отношеніи большинства воинскихъ преступленій [1]), только физическое принужденіе. Слѣдующій же art. 57 опредѣляетъ особую отвѣтственность для тѣхъ нарушеній, которыя были вызваны принужденіемъ, недостаточнымъ для невмѣненія дѣянія въ вину, т. е., слѣдовательно, принужденіемъ психическимъ. Наказаніе въ этихъ случаяхъ простирается отъ заключенія въ военной тюрьмѣ (срокъ не указанъ) до заключенія въ крѣпости на десять лѣтъ. Италіанскій военный кодексъ не оставляетъ, такимъ образомъ, никакихъ сомнѣній по вопросу о характерѣ принуждающей силы и о тѣхъ служебныхъ нарушеніяхъ, въ отношеніи которыхъ состояніе крайней необходимости не служитъ причиной невмѣненія.

Австрійскій военно-уголовный кодексъ, напротивъ, страдаетъ нѣкоторой неопредѣленностью и неточностью выраженій, что въ значительной степени затрудняетъ рѣшеніе вопроса. Пунктъ g параграфа 3 военнаго кодекса говоритъ о непреодолимомъ принужденіи (Zwang, тогда такъ въ германскомъ уложеніи употреблено слово Gewalt—сила), повторяя соотвѣтствующій пунктъ § 2 общаго уголовнаго уложенія. Такая редакція вызываетъ вопросъ: разумѣетъ ли законъ только физическое или въ равной мѣрѣ и психическое принужденіе. Wessely утверждаетъ, что законъ предусматриваетъ и тотъ и другой видъ принужденія [2]). Такое истолкованіе, не находящее себѣ опроверженія въ законѣ общемъ, нельзя признать вполнѣ примѣнимымъ къ закону военному, по слѣдующимъ соображеніямъ. § 46 общаго уголовнаго уложенія, перечисляя обстоятельства, уменьшающія вину, указываетъ въ пунктѣ f одно изъ этихъ обстоятельствъ, именно — подавляющую нищету, бѣдность (drückende Armuth); военный же кодексъ въ соотвѣтствующемъ пунктѣ § 114 говоритъ о подавляющей нуждѣ, необходимости (drückende Noth), что даетъ осно-

---

[1]) Гл. I—измѣна, гл. II—шпіонство и склоненіе къ переходу въ непріятельскую армію, гл. III—вообще служебныя преступленія (недозволенныя непріязненныя дѣйствія, сдача крѣпости, нарушенія обязанностей караульной службы и т. п.), гл. IV—нарушенія правилъ подчиненности и чинопочитанія, гл. V—побѣгъ, гл. VI—подкупъ.

[2]) Die Befugnisse.... s. 8.

ваніе предполагать, что психическое принужденіе и состояніе крайней необходимости служатъ для военнослужащихъ лишь уменьшающимъ вину обстоятельствомъ. Подтвержденіе правильности такого вывода мы видимъ въ содержаніи п. 1 art. IX Kriegs-Artikel, помѣщенныхъ въ Dienst-Reglement. Здѣсь законъ, указывая на отвѣтственность за уклоненіе вслѣдствіе трусости отъ сраженія, говоритъ вообще о стремленіи избѣжать личной опасности путемъ нарушенія служебныхъ обязанностей. Въ виду существованія такого постановленія, полагаемъ, что неясность военно-уголовнаго кодекса можетъ быть объяснена редакціоннымъ недосмотромъ. Изслѣдователи австрійскаго военно - уголовнаго законодательства—Weisl и Dangelmaier не даютъ по этому вопросу никакихъ указаній, высказывая, однако, мнѣніе, совпадающее съ только что изложеннымъ [1]). Совершенно опредѣленно говоритъ въ томъ же смыслѣ Zappe, допускающій невмѣненіе только при физическомъ принужденіи [2]).

Французскій и бельгійскій военно - уголовные кодексы по вопросу о крайней необходимости и психическомъ принужденіи не содержатъ никакихъ постановленій, а отсылаютъ къ законодательству общему. Такая система, въ данномъ случаѣ, крайне затрудняетъ рѣшеніе вопроса о значеніи психическаго принужденія при служебныхъ нарушеніяхъ, такъ какъ Code pénal и Code pénal Belge признаютъ причиной невмѣненія принужденіе отъ непреодолимой силы („une force à laquelle il (le prévenu) n'a pu résister"—art. 64 и 71). Приведенное выраженіе допускаетъ различныя истолкованія. Такъ, Dalloz [3]), Moriaud [4]), авторъ Conférences de droit pénal et d'instriction criminelle militaire [5]) (фамилія автора не указана) утверждаютъ, что art. 64 предусматриваетъ только физическое принужденіе, тогда какъ Blanche [6]), Trébutien [7]), Chaveau et Hélie [8]) и Garraud [9]) распро-

---

[1]) Heeres-Strafrecht, s. 152—153; Die Milit. Verbr. u. Verg. s. 15 u. 123.

[2]) Grundzüge des Milit. Strafr. s. 14.

[3]) Répertoire, t. XXXV, p. 648, § 414; [4]) Du délit nécessaire, p. 228; [5]) Conférences, p. 346, § 955.

[6]) Etudes pratiques, t. II, p. 309, § 203; [7]) Cours, t. I, p. 131; [8]) Théorie, t. I, p. 569; [9]) Traite, t. l, p. 532, § 273. Послѣдній авторъ признаетъ даже голодъ причиной невмѣненія (стр. 533).

страняютъ формулу закона и на психическое принужденіе. Въ виду такой неясности закона общаго, крайне трудно разрѣшить данный вопросъ безспорно въ отношеніи военнаго законодательства. Въ военныхъ кодексахъ двухъ названныхъ государствъ есть лишь намеки въ пользу ограничительнаго истолкованія постановленій art. 64 французскаго и art. 71 бельгійскаго обще-уголовнаго кодекса. Art. 230 Code de justice militaire признаетъ. въ случаѣ неявки призывныхъ и запасныхъ воинскихъ чиновъ, причиной невмѣненія — препятствіе отъ непреодолимой силы (force majeure). Бельгійскій же кодексъ въ art. 21 опредѣляетъ наказаніе начальнику, который оставитъ свой постъ или позицію, не будучи къ тому вынужденъ превосходящими силами (par des forces superieurs). Хотя въ этомъ случаѣ законъ, очевидно, разумѣетъ не vis absoluta въ обширномъ смыслѣ, а принужденіе отъ превосходящихъ непріятельскихъ силъ [1]), но съ нѣкоторой долей вѣроятности можно дать этому постановленію, а также постановленіямъ французскаго *военнаго* кодекса, распространительное толкованіе [2]), въ смыслѣ признанія причиной невмѣненія при воинскихъ нарушеніяхъ только физическаго принужденія.

Швейцарскій военно-уголовный кодексъ, признающій состояніе крайней необходимости и принужденія однимъ изъ видовъ ограниченія свободы воли, не проводитъ различія между состояніемъ невмѣняемости субъекта и причинами невмѣненія ему содѣяннаго въ вину. Art. 29 признаетъ ненаказуемыми дѣянія, совершенныя лицомъ, которое не по своей винѣ было лишено, въ моментъ нарушенія, сознанія или свободы воли. При отсутствіи другихъ постановленій и въ виду указанія въ art. 29 также на безуміе лица виновнаго, не могло бы быть сомнѣнія въ томъ, что законъ говоритъ въ данномъ случаѣ о состояніи невмѣняемости. Но въ art. 33, указывающемъ обстоятельства, уменьшающія вину, въ пунктѣ b мы встрѣчаемъ постановленіе, которое вынуждаетъ къ иному истолкованію art. 29. Здѣсь сказано слѣдующее: наказаніе смягчается, „если виновный не

---

1) См. Nypels, Code pénal militaire, p. 20.
2) и слѣдовательно,—ограничительное закону общему.

располагалъ, вслѣдствіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ (circonstances majeures), *полной* свободою воли.“ Art. 29 упоминаетъ о „libre volonté, тогда какъ art. 33 говоритъ „pleine liberté de volonté.“ При физическомъ принужденіи воля принуждаемаго не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ субъектъ дѣянія является лишь средствомъ, орудіемъ преступленія. При психическомъ же принужденіи способность къ самоопредѣленію только ограничена. Слѣдовательно, по смыслу закона, физическое принужденіе исключаетъ совершенно отвѣтственность лица и уподобляется состоянію невмѣняемости. Принужденіе же психическое, независимо отъ степени вызваннаго имъ стѣсненія свободы воли, признается лишь обстоятельствомъ уменьшающимъ вину. Въ особенной же части кодекса мы встрѣчаемъ постановленія крайне неопредѣленныя, но какъ бы опровергающія только что сдѣланный выводъ. Art. 69 предусматриваетъ неисполненіе общихъ распоряженій лицомъ, которое не можетъ представить достаточныхъ оправданій такого нарушенія обязанностей („qui, sans pouvoir s'en justifier suffisamment...“). Art. 76 говоритъ о нарушеніи часовымъ, вблизи непріятеля, своихъ обязанностей безъ достаточныхъ извиняющихъ его причинъ (sans excuse suffisante), а въ art. 77 упоминается уже о законныхъ извинительныхъ причинахъ (excuse legitime); въ art. 79 мы встрѣчаемъ указаніе на состояніе „необходимости“, которая вынудила военнослужащаго оставить свой постъ, находящійся вблизи непріятеля. По смыслу закона указанныя извинительныя причины и состояніе необходимости служатъ причинами невмѣненія, такъ какъ наказуемость виновнаго обусловлена отсутствіемъ такой необходимости. Такимъ образомъ, между общей и особенной частью существуетъ трудно разрѣшимое противорѣчіе.

Проектъ швейцарскаго военно-уголовнаго кодекса отказался отъ системы другихъ военныхъ кодексовъ и съ полной опредѣленностью призналъ причиной невмѣненія какъ физическое, такъ и психическое принужденіе (....„force irrésistible soit une menace ou une contrainte qui était en corrélation étroite avec un danger immédiat“—art. 18, p. 3).

XIV.

Намъ остается еще разсмотрѣть вопросъ о невмѣненіи въ вину военнослужащимъ тѣхъ дѣяній, вредныя послѣдствія которыхъ не были и не могли быть предвидѣны въ виду случайности ихъ возникновенія или въ виду заблужденія лица о правовомъ значеніи объекта посягательства или о безвредности средствъ, избранныхъ для достиженія правомѣрной цѣли.

Возможность предвидѣнія послѣдствій всякаго вообще дѣянія, а также возможность безошибочнаго воспринятія и усвоенія явленій внѣшняго міра зависитъ отъ двухъ причинъ: во первыхъ, отъ соотношенія, опредѣляемаго міровыми законами, причины и слѣдствія, и вовторыхъ, отъ индивидуальной способности субъекта познать это соотношеніе. Опытъ убѣдилъ человѣка, что соприкосновеніе раскаленной искры и пороха вызываетъ воспламененіе послѣдняго. Воспламененіе есть слѣдствіе, прикосновеніе искры—причина. Соотношеніе этихъ элементовъ неизмѣнно, но человѣкъ можетъ воспользоваться имъ для своихъ цѣлей, только имѣя извѣстный запасъ знаній. Ребенокъ, который бросаетъ горящій предметъ въ бочку пороха, совершенно не предполагаетъ возможности какихъ либо вредныхъ или, даже, вообще какихъ либо послѣдствій. Вредъ, причиненный такимъ дѣяніемъ, будетъ въ отношеніи сознанія ребенка—случайнымъ, а самое дѣяніе — не подлежащимъ вмѣненію въ вину. Тождественный поступокъ нормально развитаго взрослаго человѣка будетъ преступенъ, такъ какъ наблюденіе надъ множествомъ людей доказало, что по достиженіи нѣкотораго возраста человѣкъ, путемъ непосредственнаго опыта, пріобрѣтаетъ запасъ знаній, необходимый для опредѣленія простѣйшаго соотношенія причинъ и слѣдствій. Чѣмъ больше личный опытъ и чѣмъ полнѣе свѣдѣнія о результатахъ опытовъ другихъ лицъ, тѣмъ меньше возможность случайнаго причиненія вреда. Знанія не могутъ быть, однако, всеобъемлющими. Область неизвѣстнаго уменьшается съ вѣками, но предѣлы ея не могутъ быть установлены человѣческимъ разумомъ. Пользуясь взятымъ примѣромъ воспламененія

пороха, мы можемъ представить себѣ возникновеніе вредныхъ послѣдствій при дѣйствіяхъ, безвредность которыхъ доказана многовѣковымъ опытомъ. При соблюденіи всѣхъ выработанныхъ человѣчествомъ правилъ, стрѣлокъ производитъ выстрѣлъ изъ ружья; оно разрывается и убиваетъ самого стрѣлявшаго или другихъ людей. Вредныя послѣдствія возникли потому, что въ сознаніи дѣйствующаго лица отсутствовало представленіе о какомъ либо явленіи, вызвавшемъ, какъ причина, разрывъ ружья,—какъ слѣдствіе. Если причина явленія будетъ установлена, а также будетъ опредѣленъ источникъ той силы, которая нарушила послѣдовательность и характеръ предполагавшихся явленій, то запасъ знаній увеличится, а вѣроятность повторенія вреднаго явленія уменьшится. Возникновеніе вредныхъ послѣдствій при достаточности знаній для ихъ предвидѣнія должно быть отнесено къ небрежности или невнимательности субъекта дѣянія.

Правомѣрное дѣяніе можетъ вызвать вредныя послѣдствія не только тогда, когда они не были предвидѣны, но въ равной степени и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо заблуждалось о соотношеніи причины къ слѣдствію, т.-е. устанавливало связь между элементами различныхъ группъ явленій. Причина заблужденія — недостаточность знаній и опыта. При наличности же знаній, ошибки возможны только вслѣдствіе невниманія, т. е. при отсутствіи необходимой связи между впечатлѣніями и сознаніемъ лица. Возможность усвоенія впечатлѣній сознаніемъ и степень этой усвояемости зависитъ отъ величины силы, раздражающей чувствительные органы тѣла, отъ продолжительности этого раздраженія и отъ существованія одновременно другихъ явленій, также вызывающихъ физіологическую реакцію въ организмѣ человѣка. Прикосновеніе какого либо предмета къ моему тѣлу можетъ быть настолько легкимъ, что впечатлѣніе не достигнетъ моего сознанія; ударъ вызоветъ ясно сознаваемое чувство боли, а повторность ударовъ доставитъ страданіе; одновременное же, но разнородное воздѣйствіе на тѣло двухъ силъ ослабитъ впечатлѣніе, вызываемое одной изъ нихъ или обѣими. Если же въ сознаніи субъекта будетъ существовать представленіе о возможности на-

ступленія явленія или, другими словами, если субъектъ будетъ ожидать явленія, то способность къ *воспринятію* впечатлѣнія возрастетъ, несмотря на то, что величина силы, вызывающей внѣшнее раздраженіе, останется безъ измѣненія. Эта способность можетъ быть также увеличена искусственно—желаніемъ лица воспринять одно изъ нѣсколькихъ одновременныхъ явленій. Въ томъ и другомъ случаѣ мы будемъ говорить о вниманіи субъекта къ явленіямъ внѣшняго міра. Слѣдовательно, при наличности знанія, ошибки будутъ тѣмъ менѣе вѣроятны, чѣмъ лучше будутъ усваиваться впечатлѣнія; а это усвоеніе будетъ тѣмъ полнѣе, чѣмъ болѣе будетъ лицо освѣдомлено о возможности возникновенія явленія и чѣмъ напряженнѣе будетъ желаніе воспринять это послѣднее.

Знаніе достигается опытомъ и образованіемъ. А способность къ воспринятію однихъ впечатлѣній предпочтительно передъ другими, и желаніе воспринять явленія той группы, которая избрана помимо воли даннаго лица,—зависятъ отъ его воспитанія.

Воинъ получаетъ знанія путемъ обученія и одновременно воспитывается, для развитія въ немъ способности сознательнаго подчиненія своихъ желаній—желаніямъ верховнаго вождя и его представителей. Слѣдовательно, при доказанной достаточности познаній вообще и, въ частности, въ данномъ случаѣ, вредныя послѣдствія дѣянія военнослужащаго должны быть отнесены всегда на счетъ его невниманія, т. е. нежеланія воспринять явленія, которыя существовали въ настоящій моментъ или, по сообщеннымъ ему путемъ обученія свѣдѣніямъ,—должны были наступить. Неполнота знаній—вина обучающаго, невниманіе — вина ученика. Вредъ, причиненный случайно или по ошибкѣ, не можетъ быть, какъ таковой, вмѣненъ военнослужащему въ вину, такъ какъ элементы субъективной виновности не измѣняются отъ служебнаго положенія лица. Если отсутствовало сознаніе совершаемаго и предвидѣніе послѣдствій, то содѣянное не можетъ быть вмѣнено въ вину. Если же, однако, будетъ доказано, что одной изъ причинъ послѣдовавшаго вреда было невнимательное отношеніе военнослужащаго къ тѣмъ явленіямъ и дѣйствіямъ, которыя служатъ поводомъ (явленія) и содер-

жаніемъ служебныхъ обязанностей (дѣйствія), то эта невнимательность, какъ одно изъ проявленій пренебреженія къ волѣ вождя, должна быть вмѣнена въ вину и должна повлечь за собою наказаніе.

XV.

Особыя постановленія о невмѣненіи преступленій случайныхъ мы встрѣчаемъ только въ военно-уголовномъ законодательствѣ русскомъ и австрійскомъ. Кодексъ австрійскій предусматриваетъ кромѣ того заблужденіе при совершеніи дѣяній объективно преступныхъ. Германскій военно-уголовный кодексъ отсылаетъ по вопросу объ ошибкѣ къ общему уголовному уложенію, а законодательства другихъ государствъ не касаются совершенно этого вопроса.

Въ исторіи русскаго военнаго законодательства, до изданія Устава Военно-Уголовнаго, мы встрѣчаемъ въ отношеніи преступленій воинскихъ только косвенное указаніе на невмѣненіе дѣяній въ вину вслѣдствіе невѣдѣнія ихъ противозаконности. Въ Артикулѣ Воинскомъ арт. 23, карающій за нападеніе на лицъ, которымъ выданъ охранный листъ или „сальвогвардія“, разъясняетъ въ толкованіи, что „тотъ не можетъ сальвогвардіи нарушить, который не вѣдаетъ, что таковая кому дана“. Другое постановленіе о заблужденіи касается преступленія общаго, именно, вступленія въ бракъ съ лицомъ женатымъ или состоящимъ въ замужествѣ, при невѣдѣніи объ этомъ обстоятельствѣ вслѣдствіе обмана (арт. 172). Случайность же дѣянія предусмотрѣна только въ отношеніи убійства (арт. 159).

Уставъ Военно-Уголовный въ ст. 112 и 115 дословно повторялъ 132 и 135 ст. улож. о наказ. 1832 г. (изд. 3) и допускалъ невмѣненіе въ вину дѣянія случайнаго только тогда, когда оно, „бывъ само по себѣ непреступнымъ и закономъ незапрещеннымъ, содѣлалось таковымъ случайно, безъ всякаго умысла и намѣренія и даже безъ видимой неосторожности“. Упоминаніе закона о неосторожности даетъ основаніе утверждать, что лицо, оказавшееся виновнымъ въ невнима-

тельности, подлежало отвѣтственности, но родъ этой послѣдней не былъ опредѣленъ въ законѣ.

Ст. 115 предусматривала совершеніе преступленія вслѣдствіе обмана и тѣмъ какъ бы указывала, что заблужденіе можетъ быть признано причиной невмѣненія только въ тѣхъ случаяхъ, когда оно вызвано дѣйствіями другого лица. Этотъ выводъ находитъ себѣ нѣкоторое подтвержденіе въ фактѣ сопоставленія закономъ—обмана и принужденія, какъ причинъ, въ равной степени не зависящихъ отъ воли субъекта дѣянія.

Въ первомъ проектѣ Воинскаго Устава о случаѣ и ошибкѣ упоминалось въ трехъ статьяхъ. Ст. 139 въ пунктахъ 1 и 3 дословно повторяла п. п. 1 и 4 ст. 104 улож. о наказ. (изд. 1857 г.); ст. 140 была тождественна по содержанію статьѣ 105 Уложенія, а ст. 144 проекта, соотвѣтствовавшая 111 ст. Уложенія, была дополнена слѣдующимъ правиломъ: „въ преступленіяхъ по нарушенію обязанностей военной службы, когда впавшій въ ошибку или вовлеченный въ обманъ будетъ признанъ виновнымъ въ недостаткѣ вниманія при исполненіи своихъ обязанностей или въ непринятіи надлежащихъ мѣръ предосторожности, имѣвшемъ послѣдствіемъ болѣе или менѣе важный вредъ или ущербъ, онъ подвергается отвѣтственности, смотря по обстоятельствамъ болѣе или менѣе увеличивающимъ или уменьшающимъ вину". Такимъ образомъ, мы видимъ, что проектъ устанавливалъ изъятіе изъ закона общаго лишь въ отношеніи ошибки, опредѣляя отвѣтственность за невниманіе; невмѣненіе же въ вину вреда случайнаго не ставилось въ зависимость отъ какихъ-либо особыхъ условій. Генералъ-Аудиторіатъ, усмотрѣвъ этотъ пробѣлъ, измѣнилъ редакцію статьи 140 и внесъ признакъ „упущенія въ исполненіи возложенныхъ законами обязанностей" (ст. 142). Постановленіе же объ ошибкѣ было сохранено безъ измѣненій (ст. 146). Во второмъ проектѣ ст. 91 получила новую редакцію, сходную со ст. 7 уложенія; были добавлены только слова „или невнимательности къ своимъ обязанностямъ".

Высочайше учрежденная Комиссія при разсмотрѣніи второго проекта нашла ст. 93 (объ ошибкѣ) излишней, такъ какъ „сдѣланное въ ней дополненіе о пре-

ступленіяхъ по службѣ, учиненныхъ по ошибкѣ, но вслѣдствіе невниманія къ своимъ обязанностямъ, явствуетъ изъ смысла 91 ст." [1]). Такое соображеніе вызвало совершенно справедливое возраженіе со стороны сенатора Кангера, который указывалъ на различіе юридическаго значенія ошибки и случая [2]). (ст. 91 упоминала только о послѣднемъ). Несмотря, однако, на это возраженіе, въ проектъ Высочайше учрежденной Комиссіи постановленіе объ ошибкѣ включено не было [3]). Ст. 91 была сохранена (ст. 64), но получила иную редакцію при разсмотрѣніи проекта Высочайше учрежденнымъ Совѣщаніемъ (ст. 79). Редакція эта тождественна съ существующей (ст. 68) до словъ „въ противномъ же случаѣ...". При пересмотрѣ Воинскаго Устава въ 1874 г., согласно заключенія Главнаго Военнаго Прокурора [4]), ст. 78 (соотвѣтствующая 68 ст. XXII кн. изд. 3) была дополнена указаніемъ на отвѣтственность за невнимательность лица, причинившаго зло случайно. Это поясненіе, какъ справедливо замѣчаетъ профессоръ Кузьминъ-Караваевъ, было безусловно необходимо, такъ какъ при существовавшей ранѣе редакціи „она логически приводила къ выводу, что случай въ общемъ правилѣ наказуемъ" [5]). Существующая редакція 68 ст. также оставляетъ нѣкоторое сомнѣніе о наказуемости невниманія, такъ какъ въ особенной части устава лишь ст. 104 и 229 упоминаютъ о невниманіи и небрежности. Проектъ Воинскаго Устава не восполняетъ этого пробѣла (ст. 64).

Отсутствіе въ Воинскомъ Уставѣ особаго постановленія о невмѣненіи дѣяній, совершенныхъ вслѣдствіе ошибки, даетъ основаніе Главному Военному Суду примѣнять ст. 68 къ этой послѣдней группѣ дѣяній (рѣш. 1893 г. № 20, 1894 г. № 97, 1899 г. № 67). Такое истолкованіе находитъ себѣ нѣкоторое основаніе въ приведенныхъ выше соображеніяхъ Высочайше учрежденной Комиссіи, но во всякомъ случаѣ, какъ создаю-

---

[1]) Журналъ Комиссіи, стр. 185.
[2]) Объясненія на журналъ Высочайше учрежденной Коммиссіи стр. 251—252.
[3]) См. Сборн. закон. работъ, стр. 21.
[4]) Заключеніе Главн. Воен. Прокур. стр. 32.
[5]) Воен. угол. право, ч. общ. стр. 304.

щее примѣненіе закона по аналогіи, не можетъ быть желательно. Присоединяясь по этому вопросу вполнѣ къ мнѣнію профессора Кузьмина-Караваева, мы не можемъ согласиться съ тѣмъ разграниченіемъ ошибки и случая, которое устанавливаетъ названный профессоръ. Ошибка и случай есть слѣдствіе дефектовъ сознанія. Послѣдовалъ ли вредъ случайно или произошелъ вслѣдствіе заблужденія — онъ не былъ въ намѣреніи субъекта дѣянія. Но при случайности вреда въ сознаніи субъекта отсутствовало представленіе объ объектѣ посягательства, при ошибкѣ же представленіе это было ложно или существовало заблужденіе о безвредности средствъ правомѣрнаго, въ субъективномъ отношеніи, дѣянія.

Изъ числа иностранныхъ военныхъ законодательствъ, какъ было уже указано, содержитъ особыя постановленія о случаѣ и ошибкѣ толбко австрійскій кодексъ. Пунктъ *e* § 3 признаетъ не подлежащимъ вмѣненію въ вину дѣяніе, если „оно сопровождалось такой ошибкой, которая не давала возможности распознать въ дѣяніи преступленіе", а пунктъ *f*,—„если зло возникло вслѣдствіе случая, неосторожности или непредвидѣнія послѣдствій дѣянія. Непредвидѣніе послѣдствій дѣянія и неосторожность, при условіяхъ указанныхъ въ § 2, не исключаютъ, однако, сами по себѣ возможности вмѣненія въ вину". Параграфъ же 2 опредѣляетъ, что дѣянія, квалифицированныя въ законѣ какъ преступленія (Verbrechen, въ противоположеніе проступкамъ, Vergehen) не требуютъ, по общему правилу, особаго умысла (böser Vorsatz) [1]. Такимъ образомъ, въ отношеніи *преступленій* непредвидѣніе вредныхъ послѣдствій не освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности. Признакъ, отличающій преступленія отъ проступковъ, установленъ формальный—тяжесть наказанія (§§ 20—21). Невѣдѣніе же тѣхъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ дѣяніе обратилось въ противозаконное, служитъ всегда причиной невмѣненія.

---

[1]) Спеціальный умыселъ необходимъ при мятежѣ §§ 159—166, побѣгѣ—§ § 183—211, трусости § 246—260, членовредительствѣ § 293—296.

Германскій военно-уголовный кодексъ отсылаетъ по вопросу объ ошибкѣ къ общему законодательству (§ 2), которое содержитъ въ первой части параграфа 59 постановленіе, соотвѣтствующее 99 ст. Улож. о наказ., а во второй части устанавливаетъ принципъ отвѣтственности для тѣхъ случаевъ, когда невѣдѣніе обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ дѣяніе обратилось въ противозаконное, само по себѣ наказуемо.



ОПЕЧАТКИ:

Страница.	*Строка.*		Напечатано:	Слѣдуетъ читать:
10	11	сверху	прымыкаетъ	примыкаетъ
11	13	„	требованія ея	требованія ея“
12	11	снизу	ошибочной	ошибочнымъ
15	4	„	названія	названіе
31	3	„	наачльника	начальника
35	2	„	вѣроподданическому	вѣрноподданическому
82	1	„	во второму	ко второму
91	19	сверху	*отсутствуеть*	*отсутствуетъ*
118	2	„	*арестъ;*	*арестъ»;*
134	7	„	1863 г.	1865 г.
135	10	„	Décrét	Décret
170	24	„	можетъ,	можетъ
„	„	„	вождя,	вождя
174	13	„	или,	или
178	8	снизу	различье	различіе
180	5	„	начальпика	начальника
192	8	сверху	начальнику.	начальнику
203	2	снизу	Flech	Fleck
208	16	„	*всѣмъ*	*всемъ*
„	1	„	(окнспектъ)	(конспектъ)
229	18	„	interieur	intérieur
230	6	„	излишне [1]).	излишне [2]).
„	2	„	[1]) Strafrecht	[2]) Strafrecht
279	15	снизу	караеть	караетъ
317	15	„	сопротивленія,	сопротивленія.
331	19	„	вопросъ·	вопросъ:

